

Die Einschränkung von Grundrechten

Eine rechtsvergleichende Studie über den Schutz der Grundrechte vor übermäßigen Eingriffen durch den Gesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika.

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Karin Meinert-Brockmann
aus Steinfurt
1985

Die Einschränkung von Grundrechten

Eine rechtsvergleichende Studie über
den Schutz der Grundrechte vor über-
mäßigen Eingriffen durch den Gesetz-
geber in der Bundesrepublik Deutsch-
land und in den Vereinigten Staaten
von Amerika.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von
Karin Meinert - Brockmann
aus Steinfurt
1985

Referent: Professor Dr.Dr. Albert Bleckmann
Korreferent: Professor Dr. Rolf Stober
Dekan: Professor Dr.Dr. Albert Bleckmann
Tag der mündlichen Prüfung: 05.11.1985

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung: Aufgabe und Problemstellung	1
1. Die Entwicklung des Freiheits- verständnisses in Deutschland und in den USA	2
1. Das Freiheitsverständnis in den USA	2
2. Das Freiheitsverständnis in Deutschland	5
3. Zusammenfassung und Vergleich	14
II. Grundrechtsvorbehalte im Grundge- setz als Eingriffsermächtigung für den Gesetzgeber	14
1. Einfache Vorbehalte	15
2. Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes	16
3. Qualifizierte Vorbehalte	19
4. Regelungs- und Ausgestaltungs- vorbehalte	20
5. Vorbehaltlose Grundrechte und immanente Grundrechtsschranken als Eingriffsermächtigung	23
a. Rechte Dritter	26
b. Verfassungsmäßige Ordnung	28
c. Sittengesetz	30
6. Zusammenfassung und Wertung	31

	Seite
III. Schutz der Grundrechte vor Einschränkungen durch den Gesetzgeber in der Bundesrepublik	33
1. Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung und die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen	34
2. Das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG	35
3. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG	37
a. Die absolute Wesensgehaltstheorie	38
b. Die relative Wesensgehaltstheorie des BGH	39
c. Die Immanenztheorie des BVerwG	39
d. Die Meinung des BVerfG	41
e. Die Meinung von Maunz	41
f. Die Ausnahmen von der absoluten Wesensgehaltsgarantie	43
(1) Die lebenslange Freiheitsstrafe	43
(2) die Enteignung	48
(3) Der absolute numerus clausus	51
g. Die institutionelle Auffassung vom Wesensgehalt	56
IV. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Übermaßverbot	59
1. Die Faktoren der Verhältnismäßigkeit	59
a. Die Geeignetheit des Mittels	59
b. Die Erforderlichkeit des Mittels	60
c. Die Proportionalität zwischen Mittel und Zweck	60
d. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts von der Verhältnismäßigkeit	61

2. Die Grundlage der Verhältnismäßigkeit in der Verfassung	64
a. Das Rechtsstaatsprinzip	64
b. Der Vorrang der Freiheit	65
c. Die Gesamtheit der Freiheitsrechte	65
3. Die Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG bei den einzelnen Grundrechten	67
a. Berufsfreiheit	67
(1) Die Stufentheorie des Apothekenurteils	67
(2) Objektive Zulassungsvoraussetzungen	68
(3) Subjektive Zulassungsvoraussetzungen	70
(4) Ausübungsregelungen	72
b. Körperliche Unversehrtheit	74
c. Allgemeine Handlungsfreiheit	76
(1) Im persönlichen Bereich	76
(2) Im wirtschaftlichen Bereich	80
(3) Abstufung zwischen persönlichem und wirtschaftlichem Bereich	82
d. Schutz des Eigentums	84
(1) Enteignung	84
(2) Bestimmung von Inhalt und Grenzen des Eigentums	84
e. Der Gleichheitssatz des Art. 3 I GG	87
f. Meinungs-Presse- und Informationsfreiheit	88
(1) Güterabwägung innerhalb der Überprüfung der die Rechte aus Art. 5 I GG einschränkenden allgemeinen Gesetze	88

(2) Konflikt zur Privatsphäre	89
(3) Konflikt zur Staatssicherheit	91
(4) Die Wende des Lüth-Urteils	93
g. Zusammenfassung und Wertung	94
V. Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseinschränkungen durch den Gesetzgeber in den USA	96
1. Die police power als Ermächtigungsgrundlage für den Gesetzgeber	96
a. Der weite Begriff der police power als Zuständigkeitsregelung	97
b. Der enge Begriff der police power als Schutz von public safety, health and morals	97
c. Die Ausweitung der police power	99
d. Zusammenfassender Überblick der Entwicklung der police power	101
2. Die Steuergewalt (taxpower) als Ermächtigungsgrundlage für den Gesetzgeber	102
3. Die Enteignungsgewalt als Ermächtigungsgrundlage für den Gesetzgeber	103
4. Zusammenfassung und Vergleich	104
VI. Der Wesensgehaltsschutz in der amerikanischen Grundrechtsrechtsprechung	107
1. Die vested rights	108
2. Die Vertragsfreiheit	110

a.	Die absolute Sicht in der economic due process-Rechtsprechung des laissez faire	110
b.	Die Wende zur relativen Sicht im new deal	114
3.	Liberties	117
a.	Die traditionelle Sicht - the free market place of ideas	118
b.	Die absolute Theorie J. Blacks	119
c.	Die Doktrin der Vorzugsstellung	121
d.	Die Relativierung des Kernbereichs	122
(1)	Die clear and present danger Doktrin	122
(2)	Der Übergang zum balancing test	123
4.	Zusammenfassung und Wertung	124
VII.	Das Erfordernis des due process	124
1.	Due process im Strafverfahren	125
2.	Durchsuchung und Arrest	127
3.	Due process als Richtlinie für andere Verfahren	129
4.	Zusammenfassung und Wertung	132
VIII.	Die Entwicklung verfassungsrechtlicher Standards über die Reichweite der Freiheitsrechte durch den supreme court, insbesondere im Bereich der Kommunikationsrechte	133
1.	Der Gefahrentest von Brandeis und Holmes	134
2.	Die Abwandlung des Gefahrentests in eine "clear and probable" Doktrin in Dennis v. US	137

3.	Frankfurters "balancing test"	138
4.	Das Erfordernis der "action"	139
5.	Die Grenze der Gewalt	142
6.	Zusammenfassung und Wertung	144
IX.	Güterabwägung und das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit in der amerikanischen Rechtsprechung	145
1.	Güterabwägung und öffentliches Interesse	145
2.	Die Einzelinhalte der Verhältnismäßigkeit	150
a.	Proportionalität	151
b.	Die Tauglichkeit des Mittels	152
c.	Der Grundsatz des mildesten Mittels	153
d.	Zusammenfassung und Wertung	154
3.	Die Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des supreme court in einzelnen Lebensbereichen	155
a.	Kommunikationsrechte	156
b.	Klassifizierungs- und Diskriminierungsfälle	163
c.	Der rational basis test der Mehrheit des Gerichts	167
d.	Der rational basis test der dissentierenden Richter	180
e.	Eigene Wertung des rational basis tests	182
X.	Schlußbetrachtung	190

Literaturverzeichnis

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Abel, Gunther | Die Bedeutung der Lehre von den
Einrichtungsgarantien für die Aus-
legung des Bonner GG
Berlin 1964 |
| Achterberg, Norbert | "Öffentliche Ordnung" im plura-
listischen Staat
in: Recht und Staat im sozialen
Wandel
FS für Hans Ulrich Scupin zum 80. Ge-
burtstag
Hrsg. von Norbert Achterberg, Werner
Krawietz und Dieter Wydukel, S. 9 ff.
Berlin 1983
(zitiert: "Öffentliche Ordnung") |
| Albig, Ernst Christoph | Die Koalitionsfreiheit der Arbeit-
nehmer im Recht der Vereinigten
Staaten von Amerika
Dissertation Regensburg 1974 |
| Amelung, Knut | Die Einwilligung in die Beeinträch-
tigung eines Grundrechtsgutes
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 392
Berlin 1981 |
| Angermann, Erich | Die Vereinigten Staaten von Amerika
DTV Weltgeschichte des 20. Jahr-
hunderts 7
München 1966 |
| Anschütz Gerhard | Die gegenwärtigen Theorien über den
Begriff der gesetzgebenden Gewalt
und den Umfang des königlichen Ver-
ordnungsrechts nach preußischem
Staatsrecht
2. Auflage Tübingen-Leipzig 1901 |
| Georg Meyer /
Gerhard Anschütz | Lehrbuch des deutschen Staatsrechts
7. Auflage München-Leipzig 1919 |

- Arndt, Adolf Zur Güterabwägung bei Grundrechten
Gesammelte juristische Schriften
ausgewählte Aufsätze und Vorträge
1946-1976
Hrsg. von E.W. Böckenförde und
W. Lehwald
München 1976
- Arndt, Gottfried Die Verfassungstreuepflicht im
öffentlichen Dienstrecht und das
Grundgesetz
DÖV 1973, 584 - 593
- Bachof, Otto Die Rechtsprechung des BVerwG
JZ 1957, 334 ff.
- Zum Apothekenurteil des BVerfG
JZ 1958, 468 ff.
- Badura, Peter Wirtschaftsverfassung und
Wirtschaftsverwaltung
München 1970
- Bartsch, Hans Jürgen Die Entwicklung des internationalen
Menschenrechtsschutzes im Jahre 1975
NJW 1979, 449 - 456
- Battis, Ulrich Zum Ausschluß "verfassungsfeindlicher
Bewerber im öffentlichen Dienst"
JZ 1972, 384 ff.
- Bauer, Thomas Wissenschaftsfreiheit in Lehre
und Studium
Schriften zum Öffentlichen Recht 375
Berlin 1979
- Bauernfeind, Heinz Zum Verbot von Einzelfallgesetzen
DVBL 1976, 193
- Bäumler, Helmut Hat die Investitionslenkung ver-
fassungsrechtlich eine Chance?
DVBL 1980, 625 ff.

- Becker, H. Meinungsfreiheit in den USA
Grundrecht auf politischen Einfluß?
in: K. Lenk (Hrsg): Informations-
recht und technische Entwicklung
S. 75 ff.
Darmstadt 1976
- Berg, Wilfried Berufsfreiheit und verbotene Beruf
GewA 1977, 249 ff.
- Bethge, Herbert Probleme des Zitiergebotes aus
Art. 19 I 2 GG
DVBL 1972, 365 ff.
- Zur Problematik von Grundrechts-
kollisionen
Studien zum öffentlichen Recht und
zur Verwaltungslehre Bd. 17
München 1977
- Bettermann, Karl August Grenzen der Grundrechte
Vortrag gehalten vor der Berliner
juristischen Gesellschaft am
4.11.1964
Schriftenreihe der juristischen
Gesellschaft e.V. Heft 33
Berlin 1968 (2. Auflage 1976)
- Gesetzesfreiheit der öffentlichen
Hand
in: Berliner FS für Ernst E. Hirsch
dargebracht von Mitgliedern der
juristischen Fakultät zum 65. Ge-
burtstag S. 1 - 24
Berlin 1968
- Bettermann / Nipperdey/ Die Grundrechte
Scheuner Handbuch der Theorie und Praxis
der Grundrechte
Berlin 1967



- Birtsch, Günther (Hrsg) Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte
Göttingen 1981
- Black, Hugo L. The Bill of Rights and the federal government
in: Edmond Cahn: The great rights,
S. 43 ff.
New York 1963
- Blaesing, Heiner Grundrechtskollisionen
Dissertation Bochum 1974
- Bleckmann, Albert Allgemeine Grundrechtslehren
Academia juris
Köln-Berlin-Bonn-München 1979
- Grundgesetz und Völkerrecht
Berlin 1975
- Die Grundrechte im europäischen
Gemeinschaftsrecht
EuGRZ 1981, 257 - 274
- Böckenförde, Ernst Wolfgang Gesetz und gesetzgebende Gewalt
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 1
Berlin 1958
- Grundrechtstheorie und Grund-
rechtsinterpretation
NJW 1974, 1529 ff.
- Die verfassungstheoretische Unter-
scheidung von Staat und Gesell-
schaft als Bedingung der individu-
ellen Freiheit
Rheinisch-Westfälische Akademie der
Wissenschaften Vorträge G. 183
Opladen 1973

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Böckenförde, Ernst Wolfgang | Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart
in: Rechtsfragen der Gegenwart
Festgabe für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag S. 1 - 36
Stuttgart 1972 |
| Böckenförde / Tomouschat / Umbach | Extremisten im öffentlichen Dienst
Nomos Paperback
Baden-Baden 1981 |
| Bode, Bernd-Dieter | Pressekonzentration in den Vereinigten Staaten von Amerika und Großbritannien
Dissertation Freiburg 1973 |
| Bonner Kommentar | Kommentar zum Bonner Grundgesetz
Bearbeitet von H.J. Abraham u. P. Badura
Hamburg 1965 |
| Bornkamm, Joachim | Pressefreiheit und Fairnis des Strafverfahrens
Baden-Baden 1980 |
| Böttcher, Reinhard | Die politische Treuepflicht des Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation
Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 46
Berlin 1967 |
| Brinkmann, Karl | Grundrechtskommentar
Bonn 1967 |
| Brugger, Winfried | Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre in den Vereinigten Staaten von Amerika
AÖR 108, 25 - 67 |

- Bumbacher, Jan-Alexander Die öffentliche Ordnung - eine Schranke der Freiheitsrechte
Dissertation Zürich 1955
- Burmeister, Joachim Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung
Dissertation Köln 1966
- Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis zum Grundrechtsschutz für Staatsfunktionen
Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht 2
Frankfurt/Main 1971
- Caffee, Zecharia Jr. Free Speech in the United States
Cambridge 1941/New York 1969
- Carr, Robert K. Die Grundrechte der Vereinigten Staaten
in: Bettermann/Neumann/Nipperdey
Die Grundrechte 1. Band, 2. Halbband S. 873 - 969
Berlin 1967
- Carstens, Karl Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung
Berlin 1953
- Cleesattle, Norman W. Human rights and republican government the necessity for and the presence of a rationalizing principle with respects to the protection of the individual in society under the US-Constitution
Dissertation Bonn 1971
- Commons, John R. History of labor in the United States 4 Bände
New York 1921 - 1935
- A dokumentary history of the american society
Cleveland 1909/1911

- Cushman, Robert E. Civil liberties in the United States
Ithaka-New York 1965
- Degen, Manfred Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentums-
garantie
Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 395
Berlin 1981
- Denninger, Erhard Polizei und demokratische Politik
JZ 1970, 145 ff.
- Deppeler, Rolf Due process of law - ein Kapitel
amerikanischer Verfassungsgeschichte
Dissertation Bern 1957
- Dicke, Detlev Christian Radikale im öffentlichen Dienst
ZBR 1973, 4 ff.
- Dietl / Moss / Lorenz Dictionary of legal, commercial
and political terms
München 1979
- Doehring, Karl Sozialstaat, Rechtsstaat und frei-
heitlich demokratische Grundordnung
Die politische Meinung, Jahrgang 23
Sonderheft Bonn 1978
- Das Staatsrecht der Bundesrepublik
Deutschland unter besonderer Be-
rücksichtigung der Rechtsver-
gleichung und des Völkerrechts
Frankfurt 1976, 2. Auflage 1980
- Verfassungstreue im öffentlichen
Dienst europäischer Staaten
Schriften zum öffentlichen Recht 379
Berlin 1980

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Dreher, Eduard | Richterliche Aussetzung des Strafrestes auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe?
in: FS für Richard Lange zum 70. Geburtstag S. 323 - 347
Berlin-New York 1976 |
| Dunner, Josef | Links- und Rechtsradikalismus in der amerikanischen Politik
Frankfurt/Bonn 1964 |
| Dürig, Günter | Art. 2 GG und die Generalermächtigung zu allgemeinen polizeilichen Maßnahmen
AÖR 79, 57 |
| - | Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 16.1.1957 (Elfes Urteil)
JZ 1957, 169 - 173 |
| - | Der Grundsatz der Menschenwürde
AÖR 81, 117 - 157 |
| Dürig, Günter /
Evers, Hans Ulrich | Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-Telefon- und Fernmeldegeheimnisses
Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969 |
| Maunz/Dürig/Herzog | Kommentar zum GG Bd. 1
Loseblattsammlung München 1983 |
| Eckard, Wolf-Dieter | Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung
Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 14
Berlin 1964 |
| Ehmke, Horst | Grenzen der Verfassungsänderung
Berlin 1953 |
| - | Wirtschaft und Verfassung
Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung
Kölner Reihe Bd. 2
Karlsruhe 1961 |

- Ehmke, Horst /
Schneider, Peter
Prinzipien der Verfassungsänderung
VVDStRL 20, 1 ff.
- Emerson, Thomas J. /
Haber, David
Political and civil rights in
the United States, 2 Bände
2. Auflage Buffalo-New York 1958
- Erbe, Walter
Die Freiheit im sozialen Rechts-
staat
in: Forsthoff: Rechtsstaatlichkeit
und Sozialstaatlichkeit S. 309-319
Aufsätze und Essays
Darmstadt 1968
- Erbel, Günter
Das Sittengesetz als Schranke
der Grundrechte
Schriften zum öffentlichen Recht 161
Berlin 1971
- Inhalt und Auswirkungen verfassungs-
rechtlicher Kunstfreiheitsgarantien
Berlin-Heidelberg-New York 1966
- Erichsen, Hans Uwe
Staats- und Verfassungsgerichtsbar-
keit juristischer Studienkurs
3. Auflage München 1982
- Verfassungs- und verwaltungsrecht-
liche Grundlagen der Lehre vom
fehlerhaften belastenden Verwal-
tungsakt und seiner Aufhebung im
Prozeß
ein dogmengeschichtlicher Beitrag
zur Rechtsbindung, Rechtswidrig-
keit und Rechtsschutz im Bereich
staatlicher Eingriffsverwaltung
Frankfurt 1971
- Etzrodt, Wolf
Der Grundrechtsschutz der negativen
Vereinigungsfreiheit
Europäische Hochschulschriften
Bd. 228
Frankfurt-Bern-Cirencester 1980

- Fechner, Erich
Die soziologische Grenze der Grundrechte
Versuch einer Ordnung der einwirkenden Kraft zum Zwecke ihrer besseren Beherrschung
Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 177
Tübingen 1954
- Feldmeier, Thomas
Politische Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen
Dissertation Münster 1982
- Fikentscher, Wolfgang
Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz
München-Berlin 1958
- Methoden des Rechts
Bd. II anglo-amerikanischer Rechtskreis
Tübingen 1975
- Rechtswissenschaft und Demokratie bei Justice O.W. Holmes. Eine vergleichende Kritik der politischen Jurisprudenz
Vortrag gehalten vor der juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 26.6.1970.
Schriftenreihe der Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 96
Karlsruhe 1970
- Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz
Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung
München-Berlin 1958
- Forsthoff, Ernst
Der Staat der Industriegesellschaft
2. Auflage München 1971

- | | |
|----------------------------------|---|
| Forsthoff, Ernst | Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaats
VVDStRL 12, 8 - 36 |
| - | Rechtsstaatlichkeit und Sozial-
staatlichkeit
Aufsätze und Esseys
Darmstadt 1968 |
| - | Über Maßnahmegesetze
in: Forschungen und Berichte aus
dem öffentlichen Recht S. 221 - 236
Gedächtnisschrift für Walter
Jellinek hrsg. von Otto Bachof,
Martin Draht, Otto Gronnenwein,
Ernst Walt
München 1955 |
| Fraenkel, Ernst | Das amerikanische Regierungs-
system
Opladen 1960, 3. Auflage 1976 |
| Fraenkel, Osmond Kessler | The Supreme Court and civil liberties
How far has the court protected
the Bill of Rights?
3. Revision New York 1949 |
| Franfurter, Felix /
Green, N. | The labor injunction
New York 1930 |
| Franz, Fritz | Zur verfassungstreue im deutschen
Beamtenrecht - Im Anschluß an das
Urteil Narr
EuGRZ 1978, 303 ff. |
| Franz, Günter | Staatsverfassungen
3. Auflage Darmstadt 1975 |
| Freund, Ernst | The police power policy and
constitutional rights
Chicago 1904 |

- Freund, Ernst Das öffentliche Recht der Vereinigten
Staaten von Amerika
Das öffentliche Recht der Gegenwart 12
Tübingen 1911
- Freund, Paul A. /
Sutherland A.E. / Constitutional law
2. Edition Boston-Toronto 1961
- De Wolfe, Mark /
Brown, Ernest J.
- Frielinghaus, Volker Die lebenslange Freiheitsstrafe
in verfassungsrechtlicher und
kriminologistischer Sicht
Recht und Politik 1971, 16 ff.
- Frowein, Jochen Die politische Betätigung
des Beamten
Recht und Staat, Heft 341/342
Tübingen 1967
- Fulda, Carl H. Einführung in das Recht der USA
Baden-Baden 1966
- Gabriel, Ralph Henry Die Entwicklung des demokratischen
Gedankens in den Vereinigten Staaten
von Amerika
aus dem amerikanischen übertragen
von E. Kraske
4. Auflage 1946
deutscher Druck Berlin 1951
- Gallandi, Volker Staatsschutzdelikte und Pressefrei-
heit
Dissertation Frankfurt 1982
- Gallwas, Hans Ulrich Mißbrauch von Grundrechten
Schriften zum öffentlichen Recht 49
Berlin 1967
- Faktische Beeinträchtigungen im
Bereich der Grundrechte
Schriften zum öffentlichen Recht 126
Berlin 1970

- Geiger, Willi Grundrecht und Privatrechtsordnung
Schriftenreihe der Hochschule Speyer 9
Stuttgart 1960
- Rechtsprobleme bei der Einstellung
in den öffentlichen Dienst
EuGRZ 1978, 533
- Gentz, Manfred Die Unverletzlichkeit der Wohnung
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 84
Berlin 1968
- Zur Verhältnismäßigkeit von
Grundrechtseingriffen
NJW 1968, 1600 ff.
- Giacometi, Zacharia Allgemeine Lehren des rechtsstaat-
lichen Verwaltungsrechts Bd. 1
Zürich 1960
- Götz, Volkmar Allgemeines Polizei- u. Ordnungsrecht
5. Auflage Göttingen 1978
- Grabitz, Ebehard Freiheit und Verfassungsrecht
Tübingen 1976
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
in der Rechtsprechung des BVerfG
AÖR 98, 568 ff.
- Graf, Hans Lothar Die Grenzen der Freiheitsrechte ohne
besondere Vorbehaltsschranke -
zugleich ein Beitrag zur Auslegung
der Grundrechte
Dissertation München 1970
- ungeschriebene Grundrechtsschranken
BayVerwBl. 1971, 55 ff.
- Grahe, Rolf Jürgen Meinungsfreiheit und Freizügigkeit
Eine Untersuchung zum Grundrechts-
denken bei Robert von Mohl
Dissertation Münster 1981

- Green, L.C. Law and Society
2. Auflage Leyden 1970
- Gregory, Charles Oscar Labor and the Law
2. Auflage New York 1961
- Grimmer, Klaus Demokratie und Grundrechte
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 382
Berlin 1979
- von Grünigen, Marianne Die Contract Clause der amerika-
nischen Unionsverfassung
Baseler Studien zur Rechtswissen-
schaft
Heft 71
Basel 1964
- Gronefeld, Volker Preisgabe und Ersatz enteignungs-
rechtlicher Finalitätsmerkmale
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 200
Berlin 1972
- Guggisberg, Hans R. Geschichte der USA
Stuttgart 1975
- Haak, Volker Normenkontrolle und verfassungs-
konforme Gesetzesauslegung des
Richters
Bonner rechtswissenschaftliche Ab-
handlungen Heft 57
Bonn 1963
- Haas, Dieter Freie Entfaltung der Persönlichkeit
DÖV 1954, 70 ff.
- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des Art.
19 I
Freiburger rechts- und staats-
wissenschaftliche Abhandlungen Bd.21
2. Auflage Freiburg 1972 (3. Aufl.
1983)

- Häberle, Peter Gemeinwohlsjudikatur und BVerfG
AÖR 95, 261 ff.
- Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen
Politik und Rechtswissenschaft
Königstein/Ts. 1980
- Kommentierte Verfassungsrecht-
sprechung
Königstein/Ts. 1979
- Das BVerfG im Leistungsstaat
Die numerus clausus Entscheidung
vom 18.7.1972
DÖV 1972, 729 - 740
- Berufsständische Satzungsautonomie
und staatliche Gesetzgebung
zur Facharztentscheidung des BVerfG
vom 9.5.1972
DVBL 1972, 909 - 913
- Haman, Andreas Grundgesetz und Strafgesetzgebung
Neuwied-Berlin 1963
- Die verfassungsmäßige Ordnung
BB 1957, 229 ff.
- Die Freiheit der Persönlichkeits-
entfaltung im wirtschaftlichen
Bereich
BB 1955, 105 ff.
- Hamel, Walter Deutsches Staatsrecht Bd. 1
Grundbegriffe
Berlin 1971
- Die Bedeutung der Grundrechte
im sozialen Rechtsstaat
Eine Kritik an Gesetzgebung und
Rspr.
Berlin 1957
- Das Recht der freien Berufswahl
DVBL 1958, 37 ff.

- Hesse, Konrad Bestand und Bedeutung der Grundrechte
in der Bundesrepublik Deutschland
EuGRZ 1978, 427 ff.
- von Hippel, Eike Grenzen und Wesensgehalt der
Grundrechte
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 19
Berlin 1965
- Grundfragen der Weltwirtschaftsordnung
München 1980
- Huber, Ernst Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsver-
fassungsrecht
DÖV 1976, 97-102, 135-143, 172-175,
200-207
- Ipsen, Hans Peter Pressegrasso im Verfassungsrahmen
Berliner Abhandlungen zum Presserecht
Band 260
Berlin 1980
- Verfassungsfragen zur Handwerksordnung
DVBL 1956, 358-363
- Isensee, Josef Der Beamte zwischen Parteifreiheit
und Verfassungstreue
JuS 1973, 265 ff.
- Jäckel, Hartmut Grundrechtsgeltung und Grundrechts-
sicherung
Schriften zum öffentlichen Recht Bd.42
Berlin 1967
- Jellineck, Georg Die Erklärung der Menschen- und
Bürgerrechte
in: Zur Geschichte der Erklärung der
Menschenrechte, S. 1 ff.
Hrsg. von Roman Schnur
Wege der Forschung Bd. 11
Darmstadt 1964

- Jerschke, Hans-Ulrich Öffentlichkeitspflicht der Exekutive
und Informationsrecht der Presse
Schriften zum öffentlichen Recht 153
Berlin 1971
- Kamlah, Ruprecht Right of Privacy
Dissertation Erlangen 1969
- Karl, Hermann Freiheit und Sozialstaat
Kongruenz oder Antinomie zwischen
Art. 2 I GG und Art. 20 I, 28 GG
Dissertation Bochum 1970
- Kelley, Alfred H. The American Constitution
New York 1948
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre
2. Auflage Wien 1960
- Was ist Positivismus?
JZ 1965, 465 ff.
- Kersch, Helmut Gerichtsberichterstattung und
Persönlichkeitsschutz
Dissertation Hamburg 1982
- Klein, Friedrich Gleichheitssatz und föderative
Struktur der Bundesrepublik Deutsch-
land
in: Recht und Staat im sozialen Wan-
del
FS für Hans Ulrich Scupin zum 80.
Geburtstag, S. 165 ff.
Hrsg. von Norbert Achterberg, Werner
Krawietz und Dieter Wydukel
Berlin 1983
- Institutionelle Garantien und
Rechtsinstitutsgarantien
Abhandlungen aus dem Staats- und
Verwaltungsrecht mit Einschluß des
Völkerrechts Heft 49
Breslau 1934

- Klein, Friedrich / Das Bonner Grundgesetz
von Mangoldt, Hermann Kommentar 3. Band
2. Auflage 1966 Berlin-Frankfurt-
München
- Klein, Hans H. Die Grundrechte im demokratischen
Staat
Urban Taschenbuch 208
Göttingen 1972
- Zur Berufung von Mitgliedern der
Verfassungsfeindlichkeit verdäch-
tigter Parteien und Vereinigungen
in das Beamtenverhältnis
in: FS für E.R. Huber S. 90 ff.
Göttinger rechtswissenschaftliche
Studien Bd. 88
Göttingen 1973
- öffentliche und private Freiheit
Zur Auslegung des Grundrechts der
Meinungsfreiheit
Der Staat Bd. 10
- Zu Auslegung des Rechtsbegriffs der
öffentlichen Sicherheit und Ordnung
DVBL 1971, 233 ff.
- Klöpfer, Michael Gesetzgebung im Rechtsstaat
VVDStRL 40, 63 ff.
- Gleichheit als Verfassungsfrage
Schriften zum öffentlichen Recht 380
Berlin 1980
- Grundrechte als Entstehenssicherung
und Bestandsschutz
München 1970
- Grundrechtstatbestand und Grund-
rechtsschranken
in: Bundesverfassungsgericht u.
Grundgesetz
Festgabe zum 25jährigen Bestehen des

Bundesverfassungsgerichts
in Gemeinschaft Hrg. von Christian
Stark Bd. 2, S. 408 ff.
Tübingen 1976

- Klußmann, Manfred Zulässigkeit und Grenzen von nach-
träglichen Eingriffen des Gesetz-
gebers in laufende Verträge
Schriften zum öffentlichen Recht 133
Berlin 1970
- Knies, Wolfgang Schranken der Kunstfreiheit als
verfassungsrechtliches Problem
München 1967
- von Köller, Karsten Meinungsfreiheit und unternehmens-
schädigende Äußerung
Schriften zum öffentlichen Recht 140
Berlin 1971
- Konwitz, Milton R. Bill of Rights Reader
3. Auflage Ithaka-New York 1969
- Krawietz, Werner Kritik am Begriff des Maßnahme-
gesetzes
DÖV 1969, 127 ff.
- Krebs, Walter Vorbehalt des Gesetzes und Grund-
rechte
Schriften zum öffentlichen Recht Bd.276
Berlin 1975
- Kroll, Ernst Eingriffe in das Eigentum im Zuge
der Umgestaltung gesellschaftlicher
Verhältnisse
AÖR 79, 455 - 502
- Krüger, Herbert Neues zur Freiheit der Persönlich-
keitsentfaltung und deren Schranken
NJW 1955, 201 ff.
- Die Einschränkung von Grundrechten
nach dem Grundgesetz
DVBL 1950, 625 - 629

- | | |
|--------------------|--|
| Krüger, Herbert | Der Wesensgehalt der Grundrechte
im Sinne des Art. 19 GG
DÖV 1955, 597 - 602 |
| Lameyer, Johannes | Streitbare Demokratie
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 336
Berlin 1977 |
| Lange, Peter | Probleme des Persönlichkeitsrechts
und Datenschutzes im Sozialrecht
Bochumer juristische Studien 29
Bochum 1982 |
| Langheinecken, Uwe | Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
in der Rechtsprechung des BVerfG
Dissertation Freiburg 1972 |
| Lauffke, Franz | Vertragsfreiheit und Grundgesetz
in: Das deutsche Privatrecht in der
Mitte des 20. Jahrhunderts Bd. 1,
S. 145 - 188
FS für Heinrich Lehmann zum 80. Ge-
burtstag
Hrsg. von H.C. Nipperdey
Berlin 1956 |
| Lassally, Oswald | Schranken der Grundrechte
Monatszeitschrift für deutsches Recht
1953, 76 ff. |
| Leis, Ludwig | Die Bedeutung künstlerischer Ge-
staltung für die Strafwürdigkeit
einer Handlung
NJW 1962, 2323 ff. |
| Leisner, Walter | Von der Verfassungsmäßigkeit des Ge-
setzes zur Gesetzmäßigkeit der Ver-
fassung
Recht und Staat Heft 286/287
Tübingen 1964 |

- Leisner, Walter Grundrechte und Privatordnung
München 1961
- Sozialbindung des Eigentums
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 196
Berlin 1972
- Pressegleichheit
Das Differenzierungsverbot im Presse-
bereich bei Eingriff und Förderung
durch den Staat
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 290
Berlin 1976
- Lepa, Manfred Grundrechtskonflikte
DVBL 1972, 164 ff.
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht
Zur Bindung des Gesetzgebers an die
Grundsätze der Verhältnismäßigkeit
und der Erforderlichkeit
Köln-Berlin-München-Bonn 1961
- Locke, John Two treatises of government
Zwei Abhandlungen über die Regierung
übersetzt von Hans-Jörn Hoffmann
Suhrkamp Taschenbuch - Wissenschaft -
213
1977 Frankfurt
- Löffler, Martin Darf die Verwaltung in das Grundrecht
der Pressefreiheit eingreifen?
DÖV 1957, 897 - 902
- Löw, Konrad Rechtsstaat, Demokratie, Sozialstaat
München-Köln-Berlin-Bonn 4. Auflage
1979
- Löwenstein, Karl Verfassungsrecht und Verfassungs-
praxis der Vereinigten Staaten
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959

- Löwenstein, Karl Vom Wesen der amerikanischen Verfassung
Kleine Schriften für den Staatsbürger 8
Frankfurt 1949
- Lücke, Jörg Die (Un)Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 227
Berlin 1973
- Luhmann, Nicolas Grundrechte als Institution
Schriften zum öffentlichen Recht Bd.24
Berlin 1965 - 2. Auflage 1974
- Madison, James Report on the Virginia resolutions 1800
in: Elliot: The debates in the several state conventions on the adaption of the federal constitution, S. 546 ff.
4. Volume Washington 1836
- Majewski, Otto Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?
Schriften zum öffentlichen Recht Bd.162
Berlin 1971
- von Mangoldt, Hermann Rechtsstaatsgedanke und Regierungsformen in den Vereinigten Staaten von Amerika
Essen 1938
- Geschriebene Verfassung und Rechtssicherheit in den Vereinigten Staaten von Amerika
Abhandlungen der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Königsberg, Heft 6
Breslau-Neukirch 1934
- von Mangoldt / Klein Das Bonner Grundgesetz
Kommentar 3. Band
2. Auflage Berlin-Frankfurt-München
1964 / 1966 / 1974

- Martens, Wolfgang Grundrechte im Leistungsstaat
VVDStRL 30, 28 ff.
- Mason, Alpheus Thomas/The Supreme Court in a free society
Baeney, William M. Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1959
- Maunz, Theodor Die Suche nach den Schranken der
Grundrechte
in: Verfassung, Verwaltung, Finanz-
kontrolle
FS für Hans Schäfer zum 65. Geburtstag
Hrsg. von E. Schiffer und H. Karehnke
S. 7 -23
Köln-Berlin-Bonn-München 1975
- Deutsches Staatsrecht - Studienbuch -
Kurzlehrbücher für das juristische
Studium
25. Auflage München 1983
- Maunz/Dürig/Herzog Kommentar zum GG Bd. 1
Loseblatt-Sammlung München 1983
- Maurer, Hartmut Die Mitgliedschaft von Beamten in ver-
fassungsfeindlichen Parteien u. Or-
ganisationen
NJW 1972, 601 ff.
- Meiklejohn, Alexander Political Freedom
The constitutional powers of the
people
New York 1960
- Menger, Christian Gesetz als Norm und Maßnahme
Friedrich /
Wehrhahn, Herbert VVDStRL 15,3 - 65
- Menzel, Ebehard Die Sozialstaatlichkeit als Verfassungs-
prinzip der Bundesrepublik Deutschland
DÖV 1972, 537 - 546
- Merkl, P.H. /
Scruggs, Otey M. Rassenfrage und Rechtsradikalismus
in den USA
Berlin 1966

- Merten, Detlef Rechtsstaat und Gewaltmonopol
Recht und Staat, Heft 442/443
Tübingen 1975
- Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts
Schriften zum öffentlichen Recht Bd.119
Berlin 1970
- Meyer-Abich, Jann Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie
Leistung, Freiheit, Gewaltenteilung
Zur teleologischen Auslegung des Art.
14 I GG
Schriften zum öffentlichen Recht Bd.384
Berlin 1980
- Meyn, Ulrich Kontrolle als Verfassungsprinzip
Baden-Baden 1982
- Moens, Gabriel Equality for freedom
a critical study of unresolved problems
of school desegregation cases in the US
Wien-Stuttgart 1976
- von Mohl, Robert Das Bundesstaatenrecht der Vereinigten
Staaten von Nordamerika Bd. 1
1824 Tübingen
- Müller, Friedrich Die Positivität der Grundrechte
Schriften zum öffentlichen Recht 100
Berlin 1969
- Freiheit der Kunst als Problem
der Grundrechtsdogmatik
Schriften zum öffentlichen Recht 102
Berlin 1969
- Müller, Jürgen Auswirkungen der unterschiedlichen
Auffassungen zum Rechtscharakter des
Art. 2 I GG und zu dessen Schranken
Hamburg 1972
- Müller-Dietz, Heinz / Die Reform der lebenslangen Frei-
Einsele, Helga / heitsstrafe
Feige, J. Beiträge zur Strafvollzugswissenschaft
Heft 10
Stuttgart 1972

- von Münch, Ingo Die Grundrechte der Strafgefangenen
JZ 1958, 73-76
- Nieuwland, Herwig
van Darstellung und Kritik der Theorien
der immanenten Grundrechtsschranken
Dissertation Göttingen 1981
- Ossberger, Karl-
Friedrich Betriebliche Kontrollen - Ihre Vor-
aussetzungen und Grenzen
Erlanger juristische Abhandlungen 28
Köln-Berlin-Bonn-München 1981
- Ossenbühl, Fritz Die Interpretation der Grundrechte in
der Rechtsprechung des BVerfG
NJW 1976, 2100 ff.
- Die Kontrolle der Tatsachenfeststellung
u. Prognoseentscheidung durch das
BVerfG in: Bundesverfassungsgericht u.
Grundgesetz
Festgabe zum 25jährigen Bestehen des
Bundesverfassungsgerichts
in Gemeinschaft Hrsg. von Chr. Stark
Band 2, S. 458 ff.
Tübingen 1976
- Verwaltungsvorschriften und Grund-
gesetz
Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968
- Papier, Hans Jürgen Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbe-
halte und das grundrechtliche Demo-
kratieprinzip zugleich ein Beitrag zur
Lehre von den Rechtsformen der Grund-
rechtseingriffe
Berlin 1973
- Paul, James C.N./
Murrey L. Schwartz Federal censorship
obscenity in the mail
New York 1961

- Peters, Hans Die freie Entfaltung der Persönlich-
keit als Verfassungsziel
in: Gegenwartsprobleme des interna-
tionalen Rechts und der Rechtsphilo-
sophie
FS für Rudolf Laun zum 70. Geburtstag
Hrsg. von D.S. Constantinopoulos und
Hans Wehberg, S. 669-680
Hamburg 1953
- Plümmer, Egon Kein Amtssessel für Verfassungsfeinde
in: Recht und Staat
FS für Günther Küchenhoff zum 65. Ge-
burtstag am 21.8.1972, Halbband 1.2.,
S. 650 ff.
Hrsg. von Hans Habitzel u. M. Wollen-
schläger
Berlin 1972
- Mitgliedschaft von Beamten und Be-
amtenanwärtern in verfassungsfeind-
lichen Parteien
NJW 1973, 4 ff.
- Podlek, Adalbert Das Grundrecht der Gewissensfreiheit
und die besonderen Gewaltverhältnisse
Schriften zum öffentlichen Recht Bd.92
Berlin 1969
- Gehalt und Funktionen des allgemeinen
verfassungsrechtlichen Gleichheits-
grundsatzes
Schriften zum öffentlichen Recht Bd.144
Berlin 1971
- Pohl, Ottmar Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in
die Grundrechte an den Grundsatz der
Verhältnismäßigkeit gebunden?
Dissertation Köln 1959

- von Pollern, Hans-Ingo Immanente Grundrechtsschranken
Eine Bestandsaufnahme
JuS 1977, 644 ff.
- Ramsauer, Ulrich Die faktische Beeinträchtigung des
Eigentums
Schriften zum öffentlichen Recht 37o
Berlin 1979
- Über den Unterschied von Inhaltsbe-
stimmung und Schrankenbestimmung des
Eigentums
DVBL 198o, 539 ff.
- Redeker, Konrad Grenzen des allgemeinen staatlichen
Inquisitionsrechts
DÖV 1954, 1o9 ff.
- Reiners, Heinz Gernot Das Notstandsrecht der Vereinigten
Staaten von Nordamerika unter beson-
derer Berücksichtigung des inneren
Notstandes
Dissertation Freiburg 1973
- Reuß, Wilhelm Die Verfassungswidrigkeit von Bestim-
mungen des Einzelhandelsgesetzes
DVBL 1966, 197 ff.
- Rhode-Liebenau, Wolfram Grundrechte und Polizei
DÖV 1957, 472 ff.
- Rhode-Liebenau /
Schätzler, J.G. Bundesverfassungsgericht und verfas-
sungsmäßige Ordnung
NJW 1957, 817 ff.
- Richardi, Reinhard Kollektivgewalt und Individualwille
bei der Gestaltung des Arbeitsver-
hältnisses
München 1968
- Ridder, Helmut Freiheit der Kunst nach dem GG
1963
- Die soziale Ordnung des Grundgesetzes
Opladen 1975

- | | |
|-----------------------|---|
| Rittsteg, Helmut | Grundgesetz und Eigentum
NJW 1972, 721-724 |
| Röhl, Helmut | Nennung des eingeschränkten Grundrechts
AÖR 81, 195 ff. |
| Röhl, Klaus Friedrich | Über die lebenslange Freiheitsstrafe
Berlin 1969 |
| Rohlf, Dietwalt | Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 2 Absatz 1 GG
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 398
Berlin 1980 |
| Rothenbücher, Karl | Das Recht der freien Meinungsäußerung
VVDStRL 4,5 ff. |
| Rudolf, Wolfgang | Die Mitgliedschaft von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes in nicht verbotenen verfassungsfeindlichen Parteien und Vereinigungen
DVBL 1967, 647 ff. |
| Rupp, Hans Heinrich | Das Grundrecht der Berufsfreiheit
NJW 1965, 593 |
| - | Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
AÖR 92, 213 ff. |
| - | Grundlagen der heutigen Verwaltungslehre, Verwaltungsnorm und Verwaltungsverhältnis
Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 15
Tübingen 1965 |

- Rupp-von Brüneck, Waltraut Die Grundrechte im juristischen Alltag
Frankfurt-Berlin 1970
- Sattler, Andreas Die rechtliche Bedeutung der Ent-
scheidung für die streitbare
Demokratie
Studien und Materialien zur Ver-
fassungsgerichtsbarkeit Bd. 22
Baden-Baden 1982
- Schäfer, Hans Jürgen Inhalt und Grenzen der richter-
lichen Gewalt nach der Ver-
fassung der Vereinigten Staaten
von Amerika
Neue Kölner rechtswissenschaft-
liche Abhandlungen Heft 56
Berlin 1968
- Scharpf, Fritz Wilhelm Grenzen der richterlichen Ver-
antwortung
Die political question doctrin
in der Rechtsprechung des ame-
rikanischen Supreme Court
Freiburger rechts- und staats-
wissenschaftliche Abhandlungen
Bd. 22
Karlsruhe 1965
- Schaumann, Wilfried Der Auftrag des Gesetzgebers
zur Verwirklichung der Frei-
heitsrechte
JZ 1970, 48-54
- Scherer, Joachim Pressefreiheit zwischen Wahr-
heitspflicht und Wahrheits-
findung
EuGRZ 1980, 49 ff.
- Scheuner, Ulrich Die staatliche Intervention
im Bereich der Wirtschaft
VVDStRL 11, 1 ff.

- Scheuner, Ulrich Die Verwirklichung der bürgerlichen Gleichheit
in: Birtsch: Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte S. 376 - 401
Göttingen 1981
- Schlink, Bernhard Abwägung im Verfassungsrecht
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 299
Berlin 1976
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
4. Auflage Berlin-Neuwied 1977
- Schmitt-Gläser, Walter Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf
1968
- Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
AÖR 97, 60 ff., 276 ff.
- Schmitt, Jürgen Die Rechtsprechung zur Zulassungsbeschränkung an den Hochschulen
DVBL 1971, 382 ff.
- Schnapp, Friedrich E. Grenzen der Grundrechte
JuS 1978, 729 ff.
- Schneider, Hans Zur Verhältnismäßigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen
in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz
Festgabe zum 25jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts
in Gemeinschaft Hrsg. von Chr. Stark
Band 2, S. 390 - 404
Tübingen 1976

- Schneider, Hans Über Einzelfallgesetze
in: FS für Carl Schmidt zum 70.
Geburtstag dargebracht von Freunden
und Schülern
Hrsg. von Hans Barion, Ernst Forst-
hoff, Werner Weber S. 159 ff.
Berlin 1959
- Schneider, Harald Die Güterabwägung des BVerfG bei
Grundrechtskonflikten
Studien und Materialien zur Verfas-
sungsgerichtsbarkeit Bd. 11
Baden-Baden 1979
- Schneider, Peter Pressefreiheit und Staatssicher-
heit
Mainz 1968
- Scholler, Heinrich Person und Öffentlichkeit
Münchener öffentlichrechtliche Ab-
handlungen, Heft 3
München 1967
- Scholtissek, Herbert Innere Grenzen der Freiheitsrechte
NJW 1952, 561 ff.
- Schreiber, Werner Das Sozialstaatsprinzip des Grund-
gesetzes in der Praxis der Recht-
sprechung
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 185
Berlin 1972
- Schulte, Hans Eigentum und öffentliches Interesse
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 125
Berlin 1970
- Schüssler, Hans Todesstrafe und Grundgesetz im
Auslieferungsverfahren
NJW 1965, 1896-1899

- Schwabe, Jürgen Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte
Goldmann Taschenbuch
München 1971
- Die Stufentheorie des BVerfG zur Berufsfreiheit
DÖV 1969, 734 ff.
- Schwartz, Ebehard Der Begriff des allgemeinen Gesetzes in Art. 5 II GG
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 121
Berlin 1970
- Seibert, Helga Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten
EuGRZ 1978, 386 ff.
- Simon, Helmut Plädoyer für die rechts- und sozialstaatliche Demokratie?
EuGRZ 1978, 100 ff.
- Smend, Rudolf Das Recht der freien Meinungsäußerung
VVDStRL 4, 44-74
- Soehring, Jörg Peter Das Recht auf freie Berufswahl in der Verfassungsrechtsprechung der Vereinigten Staaten von Amerika
Dissertation Freiburg 1970
- Stalder, Christoph "Preferred Freedom"
Das Verhältnis der Meinungsäußerungsfreiheit zu anderen Grundrechten, eine rechtsvergleichende Darstellung der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court und des schweizerischen Bundesgerichtes
Stuttgart 1970
- Stein, Eckehard Lehrbuch des Staatsrechts
6. Auflage Tübingen 1978

- Steinberger, Heide Rassendiskriminierung und oberster
Gerichtshof in den Vereinigten
Staaten von Amerika
Max Planck Institut für ausländisches
öffentliches Recht und Völkerrecht
49
Köln-Berlin 1969
- Steinberger, Helmut Konzeption und Grenzen freiheit-
licher Demokratie
Max Planck Institut für auslän-
disches öffentliches Recht und
Völkerrecht 60
Berlin-Heidelberg-New York 1974
- Das Grundrecht der Pressefreiheit
und publizistische Kompetenz im
gegenwärtigen Recht der USA
in: Pressefreiheit und innere
Struktur von Presseunternehmen
in westlichen Demokratien, S. 263-
345
Berliner Abhandlungen zum Presse-
recht 18
Berlin 1974
- Stober, Rolf Grundpflichten und Grundgesetz
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 362
Berlin 1979
- Stourzh, Gerald Die Konstituierung der Individual-
rechte zum 200. Jahrestag der
"Deklaration of Rights" von
Virginia 1776
JZ 1976, 397 ff.
- Grundrechte zwischen Common Law
und Verfassung
in: Birtsch: Grund- und Freiheits-
rechte im Wandel von Gesellschaft
und Geschichte S. 59 - 74
Göttingen 1981

- Umbach, Dieter Die Zulassung zum öffentlichen Dienst und die Schranken der politischen Betätigung der Beamten in den USA
in: Böckenförde/Tomouschat/Umbach: Extremisten im öffentlichen Dienst
S. 559 - 599
- Tusmann, Josef The Supreme Court on church and state
New York 1962
- Voss, Harald K. Meinungsfreiheit und verfassungsmäßige Ordnung
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 93
Berlin 1969
- Warnke, Theodor Die jüngste Rechtsprechung des BVerwG zur Bedürfnisprüfung bzw. *numerus clausus*
NJW 1956, 1587/1588
- Wehrhahn, Herbert Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 II GG
AÖR 82, 250 ff.
- Wertenbruch, Wilhelm Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 GG
DVBL 1958, 481-486
- Wintrich, Josef Zur Problematik der Grundrechte
Heft 71 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes NRW,
20 ff.
Köln-Opladen 1967
- Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 GG in: Staat und Bürger,
S. 1 - 12
FS für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag in Gemeinschaft Hrag.
von Th. Maunz
München-Berlin 1958

- | | |
|-------------------------|---|
| Wittig, Peter | Zum Standpunkt der Verhältnismäßigkeit im System des Grundgesetzes
DÖV 1968, 817 ff. |
| Wohland, Werner | Informationsfreiheit und politische Filmkontrolle, zugleich ein Beitrag zur Konkretisierung von Art. 5 GG
Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 81
Berlin 1968 |
| Wülfing, Thomas | Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken
Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 39o
Berlin 198o |
| Zeitler, Franz Christof | Immanente Schranken oder Normenkórdanz
BayVBl. 1971, 417 ff. |
| Zeitler, Karl | Zur Problematik von Art. 2 I GG
NJW 1954, 1o68 ff. |
| Zeitler, Wolfgang | Nochmals: Die verfassungsmäßige Ordnung
BB 1957, 341 - 344 |
| Zippelius, Reinhold | Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkungen von Grundrechten
DVBL 1956, 353 ff. |
| - | Wertungsprobleme im System der Grundrechte
Münchener öffentlichrechtliche Abhandlungen
München 1962 |
| - | Allgemeine Staatslehre
ein Studienbuch
8. Auflage 1982 |

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	-	Absatz
allg.	-	allgemein
amtl.	-	amtlich
Anm.	-	Anmerkung
AÖR	-	Archiv für öffentliches Recht
Art.	-	Artikel
Ass.	-	Association
Aufl.	-	Auflage
BB	-	Der Betriebsberater
Bd.	-	Band
BGH	-	Bundesgerichtshof
BGHSt	-	Entscheidung des BGH in Strafsachen (amtl. Sammlung)
BGHZ	-	Entscheidung des BGH in Zivilsachen (amtl. Sammlung)
BK	-	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
B.N.Sch.	-	Bettermann-Nipperdey-Scheuner Die Grundrechte
BVerfG	-	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	-	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtl. Sammlung)
BVerwG	-	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	-	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtl. Sammlung)
bzw.	-	beziehungsweise
BayrVBl.	-	Bayrisches Verwaltungsblatt
Chap.	-	chapter = Kapitel
Co., Comp.	-	Company
Corp.	-	corporation
Cranch	-	Cranch (US) Entscheidungssammlung
Dall	-	Dallas (US) Entscheidungssammlung
DÖV	-	Die öffentliche Verwaltung
DVBL	-	Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	-	Ergänzungsgesetz zum Gerichtsverfassungs- gesetz
Erl.	-	Erläuterung(en)
EuGRZ	-	Europäische Grundrechtezeitschrift
e.V.	-	eingetragener Verein

f., ff.	- folgende
F.C.C.	- Federal Communications Commission
Fn.	- Fußnote
FS.	- Festschrift
GG	- Grundgesetz
GewA	-
How	- Howard (US) Entscheidungssammlung
Hrsg.	- Herausgeber
i.d.R.	- in der Regel
Inc.	- Incorporation
int.	- international
JuS	- Juristische Schulung
Jr.	- Junior
JZ	- Juristenzeitung
J.	- Jugde
Kap.	- Kapitel
LG	- Landgericht
m.E.	- meines Erachtens
MDH	- Maunz-Dürig-Herzog Kommentar zum Grundgesetz
nat.	- national
N.L.R.B.	- National Labor Relation Board
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
N.Y.	- New York Court of Appeals Report (Entscheidungssammlung)
OE	- Offenbarungseid bzw. eidesstattliche Versicherung gemäß § 807 ZPO
OLG	- Oberlandesgericht
öffentl.	- öffentlich
OVG	- Oberverwaltungsgericht
Org.	- Organisation
Pet	- Peters (US) Entscheidungssammlung
RA	- Rechtsanwalt
Rdn.	- Randnummer
Rspr.	- Rechtsprechung

S.	-	Seite
s.a.	-	siehe auch
Sch.B.Kl.	-	Schmidt - Bleibtreu - Klein Kommentar zum Grundgesetz
Sct	-	Supreme Court Reporter Entscheidungssammlung des Supreme Court
u.	-	und
US	-	United States
US	-	United States Report Entscheidungssammlung des Supreme Court
v.	-	versus
VerwRespr.	-	Verwaltungsrechtsprechung
VerwR	-	Verwaltungsrecht
VG	-	Verwaltungsgericht
VGH	-	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	-	vergleiche
Vorb.	-	Vorbemerkung
VVDStRL	-	Veröffentlichen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehre
Wall	-	Wallace (US) Entscheidungssammlung
Wheat	-	Wheaton (US) Entscheidungssammlung
z.B.	-	zum Beispiel
ZBR	-	Zeitschrift für Beamtenrecht
1st	-	first

Einleitung

Die Grundrechte stellen in allen Verfassungen der demokratischen westlichen Staaten einen der wichtigsten Faktoren für die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger dar.

Aufgabe der Grundrechte ist es, ein Gleichgewicht zwischen Freiheit und Herrschaft herzustellen. Einerseits soll dem Wunsch des einzelnen nachgekommen werden, seine Freiheit möglichst weit auszuschöpfen, andererseits soll das Wohlergehen des gesamten Volkes gewährleistet werden. Dieser Konflikt kann nicht immer reibungslos gelöst werden. In manchen Fällen ergibt sich die zwingende Situation, die Freiheit des einzelnen, die ihm ja von verfassungswegen zugestanden ist, einschränken zu müssen, um die Belange der Gemeinschaft zu schützen. Es stellt sich in der Praxis heraus, daß der einzelne seine Freiheit nicht völlig schrankenlos ausüben kann, ohne andere in ihrer Freiheit einzuschränken oder die Gemeinschaft zu gefährden.

Eine solche Einschränkung darf aber der Staat nicht willkürlich vornehmen. Wären die Grundrechte offen für jede beliebige Einschränkung durch den Staat, würde der Grundrechtsschutz völlig leerlaufen.

Um eine ausreichende Rechtssicherheit zu erreichen, ist es notwendig, einen allgemeinen Grundrechtsstandard zu entwickeln.

Hier hat vor allen Dingen die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte eine grundlegende Bedeutung, denn sie wendet die Grundrechte in der Praxis an und erfüllt sie somit mit Leben. Zwar betreffen die von der Rechtsprechung zu beurteilenden konkreten Rechtsfälle in der Regel nur Einzelgrundrechte, doch können hieraus allgemeine Grundrechtslehren entwickelt werden, die auf alle Grundrechte anzuwenden sind. Eine solche Untersuchung der Rechtsprechung zeigt aber sehr deut-

lich, daß die Frage nach der Einschränkung der Grundrechte das eigentliche Problem der allgemeinen Grundrechtslehren ist.

Dieses Problem stellt sich nicht nur in den nationalen Verfassungen. Da auch in universalen und regionalen Menschenrechtspakten Grundrechte verankert sind, handelt es sich um ein allgemeines Problem, das rechtsvergleichend behandelt werden muß. In diesem Zusammenhang bietet sich ein Vergleich zu den Vereinigten Staaten von Amerika in besonderer Weise an, da hier wie in der Bundesrepublik Deutschland eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit vorhanden ist.

Diese Untersuchung soll zeigen, inwieweit der Ausübung der Freiheit des einzelnen Grenzen gesetzt sind oder vom Staat gesetzt werden können. Im Vergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA soll festgestellt werden, ob die Grenzen in beiden Staaten unterschiedlich gesetzt werden und welche Handhabung vorzuziehen ist. Dabei soll der Schwerpunkt auf die Freiheitsrechte gelegt werden, weil sich hier die Einschränkungen für den einzelnen besonders schwerwiegend darstellen.

1. Die Entwicklung des Freiheitsverständnisses in Deutschland und in den USA

Was unter dem Begriff der Freiheit zu verstehen ist, war nicht zu allen Zeiten gleich. Auch das Freiheitsverständnis hat eine Entwicklung durchgemacht. Wenn es auch zur Bestimmung der Grenzen der Grundrechte und zur Untersuchung der Einschränkung der Grundrechte formaljuristisch nicht notwendig ist, das philosophische Grundverständnis der Grundrechte detailliert zu überprüfen, zeigt sich dadurch aber das geistige Klima, das die Grundrechte bestimmt. Dies führt dann auch zu einem besseren Verständnis der Grenzen der Grundrechte.

1. Das Freiheitsverständnis in den USA

In der amerikanischen Verfassung wird kein allgemeines Freiheitsrecht statuiert ¹⁾. Die positive Formulierung eines Grundrechts findet man in der Bill of Rights selten ²⁾. Es wird nicht in erster Linie positiv ein verbindlicher Katalog von subjektiven Rechten aufgestellt, vielmehr sind in der Regel die Grundrechte in der Form von Verboten ausgedrückt, sie durch Gesetz zu beschneiden. Diese negative Ausdrucksweise im Verfassungstext läßt darauf schließen, daß hier die Grundrechte keinerlei Einschränkungen unterliegen.

In der Tat ist das philosophische Grundverständnis der Freiheitsrechte in den USA liberal. Der Gedanke, daß der Mensch eine natürliche Freiheit besitzt, führt in den USA zu einer hohen Achtung vor der menschlichen Freiheit. Jedoch ist man sich auch darüber im klaren, daß der Mensch nicht losgelöst und isoliert für sich lebt ³⁾, sondern innerhalb

1) Grimmer: Demokratie und Grundrechte S. 29

2) z.B. im 4. Amentment: "the right of the people"

3) dies ist aber die Sicht des Naturrechtsdenkens, die vom Bild des Menschen als autonomer Persönlichkeit ausgeht, die keinerlei Bindungen unterworfen ist

der Gesellschaft. Die natürliche Freiheit des Menschen als unbeschränkte Freiheit ist gerade durch diese Unbeschränktheit bedroht ⁴⁾. Um dieser Bedrohung zu entgehen, schließen sich die Individuen zu einer Gesellschaft zusammen. Durch diesen Zusammenschluß wird die Freiheit im Naturzustand zur Freiheit in der Gesellschaft ⁵⁾. Locke unterscheidet zwischen der unbeschränkten Freiheit im Naturzustand (natural liberty) und der liberty of men in society, wonach der Mensch seine vollkommene Freiheit aufgibt, wenn er sich zu einer "civil society" zusammenschließt ⁶⁾. Der Zweck dieses Zusammenschlusses liegt gerade in der Sicherung von "liberty and property". Die durch diesen - eigennützigen - Zusammenschluß bedingten Vorbehalte waren demgemäß nicht antistaatlich. Die Gesellschaft sollte ja gerade den Schutz der individuellen Freiheit übernehmen ⁷⁾. Die Menschen unterwerfen sich einem festen Gesetz, um die Freiheit in der Gesellschaft zu gewährleisten. Die Aufstellung bestimmter Regeln und Ordnungsprinzipien wird als notwendig erachtet, weil eine uneingeschränkte Ausübung der Freiheit nicht nur den Bestand der Gemeinschaft gefährden, sondern auch die individuelle Freiheit vernichten würde. Chief Justice Hughes spricht in Cox v. New Hampshire davon, daß die Grundrechte einer organisierten Verfassung bedürfen, weil sonst auf Grund exzessiver Mißbräuche die Freiheit insgesamt verloren ginge ⁸⁾. Das souveräne Volk legt sich von Anfang an eine Selbstbindung auf. Das Erfordernis der Selbstbeschränkung verlangt von jedem einzelnen, daß er seine Freiheit nicht willkürlich ausübt.

4) zu diesem Ergebnis kommen sowohl Locke als auch Rousseau, die bedeutendsten Vertreter der demokratischen Theorie der Freiheit, wenn sie auch die Ursachen dieser Bedrohung unterschiedlich bewerten

5) Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 140 f.

6) Locke: Two treatises II Kap. II § 4

7) Krebs: Vorbehalt des Gesetzes S. 19

8) 312 US 569

Obwohl die Gesetzgebung der individuellen Freiheit Schranken setzte, stand sie nicht im Gegensatz zu ihr. Vielmehr sind Gesetzgebung und individuelle Freiheit aufeinander bezogen ⁹⁾. Die Gesetzgebung war ja gerade der Garant der individuellen Freiheit ¹⁰⁾. Durch sie wurde erst die geordnete Ausübung der Freiheit gesichert. Freiheit in der Gesellschaft ist von vornherein gebunden an die Grundsätze der Verfassung ¹¹⁾. Die Verfassung ist jedoch in Amerika nicht eine dem einzelnen vom Staat aufgezwungene Beschränkung. Das Prinzip der Volkssouveränität und der Grundsatz, daß alle Macht vom Volk ausgeht, führen zu einer Anerkennung der Autorität staatlicher Obrigkeit nicht auf Grund eigener Rechte, sondern weil sie die Bedingungen setzt für die Verwirklichung der Freiheit.

Damit ist die Verbindung geschaffen zwischen individueller Freiheit und staatlicher Autorität. Der gesellschaftliche Zusammenschluß führt zu gewissen Vorbehalten, die der schrankenlosen Ausübung individueller Freiheit Grenzen setzen. In der Verfassung werden Regeln und Ordnungsprinzipien festgelegt. Die Verfassung selbst wird aber bestimmt durch die hohe Achtung vor der menschlichen Freiheit. Der gesellschaftliche Zusammenschluß ist zweckbestimmt auf die Sicherung individueller Freiheit

9) Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 143

10) Locke: Two treatises II Kap. IV § 22

11) Den Begriff der "ordered liberty" prägte vor allem Richter Cardozzo (siehe: Palko v. Connecticut - 302 US 319) Er sieht den Grundsatz der ordered liberty als übergeordnetes Schema an, das sowohl die Regierung als auch den einzelnen in seine Grenzen weist. Richter Frankfurter führt dagegen das Prinzip der ordered liberty auf unwandelbare allgemeine Prinzipien des Anstands und der Fairnis zurück, wie sie in der englischsprechenden Rechtsdogmatik entwickelt wurden. (siehe: seine concurring opinion in Adamson v. California - 332 US 46/89)

gerichtet. Diese Zweckbestimmung bildet die Legitimation für die staatliche Obrigkeit. Andererseits bindet sie auch die staatliche Obrigkeit. Einschränkungen individueller Freiheit, die über die Zweckbestimmung hinausgehen oder außerhalb dieser Zweckbestimmung liegen, sind nicht mehr demokratisch legitimiert ¹²⁾.

So war es für die Väter der amerikanischen Verfassung in der Tat nur logisch, auf die ausdrückliche Feststellung von Grundrechtsvorbehalten in der Verfassung zu verzichten. Da die Freiheit als Freiheit in der Gesellschaft aufgefaßt wird und Freiheit in der Gesellschaft von vornherein an die Verfassung gebunden ist, erübrigte es sich, in der Verfassung noch zusätzlich festzulegen, unter welchen Bedingungen die Freiheit des einzelnen eingeschränkt werden kann.

2. Das Freiheitsverständnis in Deutschland

Anders verlief die Entwicklung in Deutschland. Dabei ist zu bemerken, daß erst im 20. Jahrhundert die Grundrechte positiv verankert worden sind. Erst jetzt wurden die Grundrechte ausdrücklich als dem Individuum zustehende Rechtspositionen festgelegt.

Die Grundauffassung von menschlicher Freiheit war auch in Deutschland liberal. Der Mensch wurde als autonome Persönlichkeit angesehen. Die dem Menschen innewohnende natürliche Freiheit war aber nicht eine Freiheit im Staat, sondern eine Freiheit vom Staat ¹³⁾. Die Freiheit wurde zunächst negativ definiert als der Bereich menschlichen Handelns, der staatlichem Zugriff entzogen ist ¹⁴⁾. Der gesellschaftliche Zusammenschluß

12) Diese Verbindung sieht auch Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 143, 146 f.

13) Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 20 mit Hinweis auf C. Schmidt: Grundrechte und Grundpflichten, Verfassungsrechtl. Aufsätze S.207

14) Forsthoef: VVdStRL Heft 12 S. 18

war nicht zweckbestimmt auf die Garantie individueller Freiheit gerichtet. Staatliche Obrigkeit war nicht durch diese Zweckbestimmung legitimiert. Staat und Gesellschaft waren zwei gegensätzliche Pole und nicht durch die Zweckbestimmung des gesellschaftlichen Zusammenschlusses miteinander verbunden ¹⁵⁾. Die staatliche Herrschaftsorganisation als das politische Element menschlicher Gemeinschaft war verselbständigt und abgesondert von der Gesellschaft als das politische und private Element ¹⁶⁾. Die Verfassung war nicht eine Selbstbindung des souveränen Volkes, sondern eine Äußerung des Staatsoberhauptes, die der Freiheit des Individuums Grenzen setzte. Der Staatswille war identisch mit dem Willen staatlicher Macht. Da der Grundgedanke der Volkssouveränität sich noch nicht durchgesetzt hatte, bestanden in der Gemeinschaft die natürlichen Rechte der Menschen nicht fort. Vielmehr entäußerten sich die Individuen mit dem Zusammenschluß zu einer staatlichen Gesellschaft vollkommen ihrer natürlichen Freiheit zugunsten staatlicher Macht ¹⁷⁾. Wenn der Staat jedoch die natürliche Freiheit des Menschen gänzlich absorbiert, bleiben die Freiheitsrechte dem politischen Bereich entzogen und nur dem privaten apolitischen Bereich vorbehalten. Damit ist die strukturelle Trennung von Staat und Gesellschaft vollzogen ¹⁸⁾.

15) Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 20, 160 ff.

16) Böckenförde: Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart S. 10, spricht von einem autoritären Modell der Ordnung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft

17) Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 166 f., verweist in diesem Zusammenhang vor allem auf die Lehren Hobbes

18) Einen Überblick über die Entwicklung gibt Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 158 - 187

Dieser Dualismus bestand in Deutschland noch im 19. und bis Anfang des 20. Jahrhunderts. Auch die Entwicklung rechtstaatlicher Elemente wie Gesetzmäßigkeit der Verwaltung änderte an der Gegensätzlichkeit zwischen Staat und Gesellschaft nichts. Zwar wurde dem Volk eine Teilnahme an der Ausübung der Staatsgewalt eingeräumt, diese Beteiligung geschah aber nicht aufgrund eigener Rechte, die sich aus der natürlichen Freiheit des Menschen herleiten, sondern aufgrund großzügiger Verleihung durch die staatliche Obrigkeit. Diese ist durch die Gewährleistung gewisser Freiheiten jedoch keinesfalls unabänderlich verpflichtet, und kann nicht daran gehindert werden, ihre Selbstbindung wieder zu beseitigen ¹⁹⁾.

Erst die Hinwendung zum demokratischen Staat der Gegenwart verstärkte in Deutschland die Erkenntnis, daß sich die Freiheit des Menschen nicht in der Gewährleistung einer staatsfreien Sphäre erschöpft. Die pluralistische Struktur der modernen Industriegesellschaft bringt mannigfaltige miteinander verbundene und auch widerstreitende Interessen mit sich, die immer wieder Berührungspunkte zwischen Staat und Gesellschaft ergeben. In einer pluralistischen Gesellschaft kann der Staat nicht mehr die Interessen der Gesellschaft politisch außer acht lassen. Damit kann die Gesellschaft nicht mehr nur einem apolitischen privaten Bereich zugeordnet werden ²⁰⁾. Die Staatsform der Demokratie legitimiert die Herrschaftsausübung durch das Volk. Dadurch kommt es zur Deckung von Staat und Gesellschaft ²¹⁾. Damit ist der strukturelle Gegensatz von Staat und Gesellschaft aufgehoben.

19) Hesse: Grundzüge S. 113, Rdn 281

20) Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 194 ff.

21) Herzog: Allgemeine Staatslehre S. 146

Das Grundgesetz bestätigt die Feststellung, daß Freiheit heute auch in Deutschland nicht mehr als bloße Ausgrenzung einer staatsfreien Sphäre angesehen wird. Die Verfassung bekennt sich zu den unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft²²⁾. Damit ist eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung getroffen. Das Grundgesetz stellt die Würde des Menschen in den Mittelpunkt seines Grundrechtsverständnisses. Der staatlichen Obrigkeit wird in der Verfassung nicht nur die Verpflichtung auferlegt die Würde des Menschen zu achten (status negativus), sondern auch die Verpflichtung sie zu bewahren (status positivus). Gleichzeitig bekennt sich das Grundgesetz zum sozialen Rechtsstaat²³⁾. Diese Aufgabe könnte der Staat aber nicht befriedigend lösen, wenn die Freiheit nur als status negativus verstanden würde²⁴⁾. Zwischen den beiden Prinzipien der Menschenwürde und des sozialen Rechtsstaats muß eine praktische Konkordanz hergestellt werden²⁵⁾. Einerseits dürfen aufgrund der hohen Achtung vor der Würde des Menschen die sich für das Individuum aus seiner gesellschaftlichen Verpflichtung heraus ergebenden Einschränkungen in seiner persönlichen Freiheit nur in Ausnahmefällen mit staatlichem Druck durchgesetzt werden, andererseits müssen sich aus der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für den sozialen Rechtsstaat heraus die Eingriffsmöglichkeiten des Staates aus der Rechtsordnung selbst ergeben. Schon im Elfes-Urteil stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß Gesetze nicht schon dann verfassungsmäßig seien, wenn sie formell ordnungsgemäß ergangen sind, sondern erst dann,

22) Art. 1 Abs. 2 GG

23) Art. 20 GG, Art. 28 GG

24) Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 205

25) Hesse: Grundzüge S. 28 f., 132

wenn sie auch materiell im Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlich demokratischen Grundordnung stehen ²⁶⁾.

Die gegenseitige Wechselwirkung zwischen Freiheit und einschränkendem Gesetz führt zu einem Freiheitsbegriff, nach dem sich die Freiheit des einzelnen innerhalb seines sozialen Handelns konkretisiert ²⁷⁾.

Dies bedeutet eine Bindung des Staates. Der Staat hat seine Sozialstruktur so auszurichten, daß dem einzelnen eine möglichst weite Entfaltung seiner Persönlichkeit gewährleistet wird ²⁸⁾. Andererseits wird, da sich das Bild des Menschen nun als das einer gemeinschaftsbezogenen Persönlichkeit darstellt, die individuelle Freiheit mehr am Gemeinwohl ausgerichtet. Das macht das BVerfG deutlich, wenn es im Lüth-Urteil eine Interessenabwägung vornimmt zwischen der Meinungsfreiheit und den in § 826 BGB geschützten Rechtsgütern ²⁹⁾. Indem das BVerfG das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung als für die freiheitlich demokratische Staatsordnung "schlechthin konstituierend" bezeichnet, bestimmt es das Maß der Meinungsfreiheit aus seiner Funktion für die freiheitliche Demokratie. Indem die Meinungsfreiheit funktional zugeordnet wird zum demokratischen Prozeß der politischen Meinungsbildung, betont das BVerfG die Gemeinschaftsbezogenheit dieses Grundrechts. Aus dieser Ausrichtung des Grundrechtes am Gemeinwohl ergeben sich dann unterschiedliche Grenzen im Umfang der Ausübung dieses

26) BverfGE 6,32 (41)

27) Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 211

28) Diese prinzipielle Aussage traf das BVerfG schon im KPD-Urteil - BVerfGE 5,85 (204). Es begnügte sich hier aber zunächst noch damit, sich gegen den Totalitarismus marxistisch-leninistischer Staatsphilosophie abzugrenzen.

29) BVerfGE 7, 198 (204 f.)

Grundrechts. Im Lüth-Urteil kommt das BVerfG zu dem Ergebnis, daß der in der Öffentlichkeit geäußerten Meinung gegenüber den in § 826 BGB geschützten Rechtsgütern ein größerer Entfaltungsspielraum eingeräumt werden muß als bei einer Äußerung im Privatverkehr, weil diese eigennützige Ziele verfolge ³⁰⁾.

Diese Entwicklung setzt das BVerfG dann fort in der Rechtsprechung zur Berufsfreiheit. Indem es im Apotheken-Urteil ³¹⁾ die Stufentheorie entwickelt, gibt es der Berufsfreiheit gegenüber dem Allgemeininteresse jeweils ein unterschiedliches Gewicht, je nach dem ob die Einschränkung auf der Stufe der Berufswahl oder der Berufsausübung erfolgt. Damit zeigt sich wieder, daß die Grundrechte nunmehr am Gemeinwohl ausgerichtet werden. Das BVerfG macht diese Gemeinschaftsbezogenheit deutlich, indem es bei seiner Güterabwägung zunächst analysiert, wie und in welchem Umfang die sozialen Entfaltungschancen des Individuums in den konkreten Lebenssachverhalten verwirklicht werden können. Dabei orientiert es sich an der Stellung und Funktion des in Frage stehenden Berufsstandes im wirtschaftlichen Leben und kann so zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen kommen ³²⁾.

Festzustellen bleibt, daß sich nun auch in Deutschland die Entwicklung vollzogen hat vom liberalen Freiheitsverständnis zur Ausrichtung der Grundrechte am Gemeinwohl. Freiheit wird nicht mehr allein negativ als Freiheit vom Staat und Negation gesetzwidrigen Zwanges angesehen. Der Freiheitsbegriff erschöpft sich nicht mehr allein in der Garantie einer staatsfreien Sphäre. Freiheit ent-

30) BVerfGE 7, 198 (217)

31) BVerfGE 7, 377 (405 ff.)

32) Zum Vergleich seien beispielhaft aufgeführt:
Der Handwerksbeschluß - BVerfGE 13, 97 ff. -
und der Beschluß zur Sachkunde im Einzelhandel - BVerfGE 19, 330 ff. -

faltet sich innerhalb der Gesellschaft. Der Umfang der Freiheitsverwirklichung bestimmt sich nach der Stellung und Funktion, die das betreffende Grundrecht für die Gesellschaft hat.

Damit wird in Deutschland der Begriff der Freiheit so definiert, wie er in den USA schon von Anfang an definiert wurde. Die Erkenntnis, daß individuelle Freiheit durch die staatliche Rechtsordnung nicht nur bedroht wird, sondern durch rechtliche Ausgestaltung und Begrenzung erst vollkommen gesichert werden kann³³⁾, war aber in Deutschland neu und erforderte ein rechtliches Umdenken, so daß die Väter des Grundgesetzes anders als die Begründer der amerikanischen Verfassung nicht davon ausgehen konnten, daß die Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte etwas Selbstverständliches ist, das in der Verfassung keiner Erwähnung bedarf. Deshalb wurden im Grundgesetz die Vorbehalte ausdrücklich festgelegt, um Rahmenbedingungen aufzuzeigen, die Anhaltspunkte geben für den Umfang der Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen innerhalb der Gesellschaft.

Die Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte hat einige Autoren zu der Auffassung veranlaßt, die Grundrechte von vornherein unter der Beschränkung dieser Gemeinschaftsbezogenheit zu sehen. Einbezogen in den Grundrechtsschutz wird danach von vornherein nur ein gemeinschaftsförderndes Verhalten³⁴⁾. Keinen Schutz genießt dementsprechend insbesondere die Nichtteilnahme am Gemeinschaftsleben. Diese Folge kann aber nicht daraus hergeleitet werden, daß die Grundrechte nun als Grundrechte in der Gesellschaft verstanden werden. Es ist heute allgemein anerkannt, daß es gerade auch zur Funktion des Freiheitsschutzes gehört,

33) Hesse: Grundzüge S. 114 Rdn 282

34) diese Meinung vertritt hauptsächlich Häberle

von seiner Freiheit keinen Gebrauch zu machen. So betrifft z.B. die Meinungsfreiheit sowohl das Recht seine Meinung zu äußern als auch das Recht zu schweigen ³⁵⁾. Die Koalitionsfreiheit und die Versammlungsfreiheit betreffen das Recht, einer Vereinigung oder Versammlung beizutreten, aber auch das Recht, dieser fernzubleiben ³⁶⁾. Häberle will unter Bezugnahme auf die Gemeinschaftsbezogenheit aus den Grundrechtstatbeständen von vornherein jedes sozialschädliche Verhalten ausschließen, weil ein Mißbrauch des Grundrechts nicht mehr vom Grundrechtsschutz umfaßt sei ³⁷⁾. Die Möglichkeit des Mißbrauchs der Freiheit kann aber nicht generell den Freiheitsschutz einschränken, sondern betrifft vielmehr die Frage, wann der Staat zum Schutze der Freiheit gegen einen Mißbrauch einschreiten kann. Gänzlich unbefriedigend wird die überspitzte Berücksichtigung der Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte dann, wenn man den Grundrechtsschutz von vornherein den Handlungen entzieht, die man als "sozial unwertig" definiert. Danach würde unter die Berufsfreiheit von vornherein nur die sozial wertvolle Beschäftigung fallen und unter die Meinungsfreiheit würde nur die sozial wertvolle Meinung fallen ³⁸⁾. Hier würde der Umfang des Grundrechtsschutzes von der Wertauffassung der Mehrheit abhängig gemacht.

Gemeinsam ist diesen Meinungen, daß sie die Gemeinschaftsbezogenheit des Freiheitsbegriffs bereits immanent den Grundrechten als Grenze vorgeben, so daß bereits bei der Begriffsbestimmung, welches soziale Handeln vom Grundrechtsschutz umfaßt wird, der Schutzbereich des Grund-

35) Herzog in MDH Art. 5 Rdn. 40

36) Scholz in MDH Art. 9 Rdn. 42
Herzog in MDH Art. 8 Rdn. 34

37) Wesensgehaltsgarantie 3. Aufl. 1983

38) Vergleiche aber: BVerfGE 22, 286 (288)

rechts durch die Gemeinschaftsbezogenheit eingeengt wird. Bleckmann³⁹⁾ befürchtet zu Recht, daß dadurch der Grundrechtsschutz völlig leerlaufen würde. Wenn man von vornherein bestimmte Bereiche sozialen Handelns vom Grundrechtsschutz ausschließt, kann der Staat in diesen Bereichen ungehindert in die individuelle Freiheit eingreifen, ohne die rechtsstaatlichen Vorbedingungen für eine Einschränkung zu erfüllen, die ihm durch den Vorbehalt des Gesetzes und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gesetzt sind. Die Achtung der menschlichen Würde verpflichtet den Staat, dem einzelnen einen größtmöglichen Spielraum bei der Entfaltung seiner Persönlichkeit einzuräumen. Darum muß der Grundrechtsschutz zunächst umfassend sein und kann nicht von vornherein auf einen engen Bereich eingegrenzt werden. Die sich aus der Gemeinschaftsbezogenheit ergebenden Vorbehalte bei der Ausübung menschlicher Freiheit kommen durch die Abwägung des einzuschränkenden Grundrechts gegenüber anderen Verfassungsgütern zum Tragen. Der Schutzbereich eines Grundrechts ist durch die Gemeinschaftsbezogenheit nicht von Anfang an eingeschränkt, sondern wird erst durch ein überwiegendes anderes Verfassungsgut eingeschränkt. Insoweit ist auch die Meinung Häberles abzulehnen, der davon ausgeht, daß die Grundrechte im gesamten Wertsystem des Grundgesetzes eingebettet sind und deshalb von Anfang an von allen Verfassungsgütern eingeschränkt werden, die der vollen Durchsetzung des Grundrechts entgegenstehen⁴⁰⁾. Menschliche Freiheiten hätten dann als Grundrechte nur Bestand, wenn andere staatliche Interessen nicht tangiert sind. Der Staat könnte seine ihm in der Verfassung übertragene Verpflichtung, die menschliche Würde zu bewahren, gar nicht erfüllen.

39) Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., S. 265 ff.

40) Wesensgehaltsgarantie 3. Auflage 1983

3. Zusammenfassung und Vergleich

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß heute der Freiheitsbegriff in der Bundesrepublik Deutschland dem in den USA entspricht. In beiden Rechtskreisen herrscht die Erkenntnis vor, daß sich menschliche Freiheit innerhalb der Gesellschaft vollzieht. Die sich aus dieser Gemeinschaftsbezogenheit ergebenden Vorbehalte für die individuelle Freiheit können den Staat zu Eingriffen bei Mißbräuchen berechtigen. Das Bekenntnis zur Achtung und Wahrung menschlicher Würde soll gewährleisten, daß der Staat nicht willkürlich staatliche Interessen gegenüber der Freiheit des einzelnen durchsetzen kann. Die staatlichen Eingriffe müssen ihrerseits wiederum verfassungsrechtlich legitimiert sein. Auch die Bindung der individuellen Freiheit an die Belange der Gemeinschaft ⁴¹⁾ kann den Staat nicht zu einer willkürlichen Grundrechtseinschränkung ermächtigen. Vielmehr hat der Staat auch hier die rechtlichen Vorbedingungen für eine Einschränkung zu erfüllen. Der Grundrechtsschutz ist zunächst umfassend und wird durch eine sorgfältige Abwägung staatlicher und individueller Interessen auf Verfassungsebene eingengt.

II. Grundrechtsvorbehalte im Grundgesetz als Eingriffsermächtigung für den Gesetzgeber

Schranken eines Grundrechtes lassen sich nicht allein und befriedigend aus dem Wortlaut des Grundgesetzes selbst ermitteln. Ein Schrankensystem, das mit den Vorschriften und Formeln des Grundgesetzes völlig übereinstimmt, gibt es nicht ⁴²⁾. Die Grundrechte sind nicht alle im gleichen Maße als schutzwürdig ausgewiesen. Die im Grundgesetz

41) Oder wie Wülfing, Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken, es auffaßt, die Bindung an die Sozialstaatsklausel des Art. 20 I GG.

42) Bettermann: Grenzen der Grundrechte S. 3

enthaltenen Vorbehalte stellen einerseits einen Schutz der Grundrechte dar, weil nur unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe durch den Staat vorgenommen werden dürfen, andererseits geben sie dem Staat eine Gestaltungskompetenz, die die Grundrechte dem Zugriff des Gesetzgebers öffnen.

Die Vorbehalte stellen, materiell gesehen, Anhaltspunkte dar, zum einen für den Bürger, ob die Eingriffsermächtigungen durch ihre Schranken die persönliche Freiheit mehr oder weniger schützen, zum anderen für die Staatsgewalt über die Weite der ihr zugestandenen Gestaltungsbefugnis.

1. Einfache Vorbehalte

Die weitgehendsten Eingriffsrechte geben die einfachen Gesetzesvorbehalte. Dazu zählen z.B. Art. 2 II 3; Art. 8 II und Art. 10 II 1. Hier ist eine Grundrechtseinschränkung möglich zugunsten aller verfassungsrechtlich ausgewiesenen Zwecke.

So hat das BVerfG in seinem Urteil zum Gesetz G 10 die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und die Abwehr verfassungsfeindlicher Bestrebungen als ausreichenden Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung des Brief-Post- und Fernmeldegeheimnisses angesehen ⁴³⁾. Im Bereich der Postüberwachung von Strafgefangenen wird die Einschränkung für zulässig erachtet, um die Durchführung eines geordneten Strafvollzuges zu gewährleisten ⁴⁴⁾.

Bei der Versammlungsfreiheit gibt schon der Gesetzestext eine erste Einschränkung: Das Grundrecht genießen nur Versammlungen friedlicher Art und ohne Waffen. Im übrigen werden Einschränkungen durch Gesetz dann gebilligt, wenn sie einem dringenden Gemeinschaftsinteresse dienen ⁴⁵⁾. Ein gebilligter

43) BVerfG E 30, 1 ff (29)

44) BVerfG E 33, 1 ff (14); 34, 384; 35, 9
BVerfG E 57, 170 ff. (177), 57, 216

45) BVerfG E 39, 334 (367)

Eine grundlegende Aussage zum Versammlungsrecht hat das BVerfG nun im Brockdorf-Beschluß gemacht, wo es die Bedeutung der Versammlungsfreiheit betont. - NJW 1985, 2395 ff -

Zweck ist z.B. die Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs ⁴⁶⁾.

2. Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes

Der in Art. 5 II GG aufgestellte Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes könnte mit dem einfachen Gesetzesvorbehalt gleichgestellt werden ⁴⁷⁾. Dem widerspricht jedoch der Wortlaut, weil es sonst nicht notwendig gewesen wäre, noch die weiteren Eingriffsermächtigungen des Ehrenschutzes und des Jugendschutzes zu erwähnen ⁴⁸⁾.

Führt man eine Güterabwägung auf Verfassungsebene durch, muß das Recht der Meinungsfreiheit der "Allgemeinheit derjenigen Gemeinschaftswerte weichen, die als solche den individualistisch gedachten Grundrechtsbetätigungen gegenüber den Vorrang haben" ⁴⁹⁾. Ein die Meinungsfreiheit einschränkendes Gesetz ist dann jedes Gesetz, das Vorrang vor der Meinungsfreiheit verdient ⁵⁰⁾. Dies führt dazu, daß die Zulässigkeit grundrechtseinschränkender Gesetze von subjektiven Wertmaßstäben abhinge, und würde den Grundrechtsschutz praktisch aushöhlen. Die Eingriffskompetenzen würden ausgeweitet über das Maß der einfachen Vorbehalte hinaus ⁵¹⁾. Das steht aber im Widerspruch

46) vgl. BVerfG EuGRZ 1979, 298/299 (zur Meinungsfreiheit) vgl. aber BVerfG NJW 1985, 2398, wo betont wird, daß diese Gründe allein nicht ausreichen.

47) so Jäckel - Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung S. 20 - der den Begriffszusatz "allgemeine Gesetze" für ein Redaktionsversehen hält und ihm keinen Aussagewert beimißt. Vgl. auch Rothenbücher VVStRL 4, 5 ff. (18 f.) zum Begriff der allgemeinen Gesetze in Art. 118 I 1 WRV

48) Erichsen: Staatsrecht I S. 42
Herzog in MDH Art. 5 GG Rdn. 245 ff.

49) materielle Theorie,
Smend VVStRL 4, 44 ff (52).
Smend stellt also nicht auf die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter ab, sondern auf die gesellschaftlich geschützten Rechtsgüter, was zu einer Relativierung des Grundrechts führt.

50) Smend VVStRL 4, 44 ff (53)

51) Erichsen: Staatsrecht I S.43

zur internen Schrankensystematik des Art. 5 II GG und dem erkennbaren Willen des Verfassungsgebers, den Grundfreiheiten den höchsten Rang zuzuweisen, und sie nicht in den Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung einzubinden ⁵²⁾.

Die allgemeinen Gesetze ziehen vielmehr den Ermächtigungsrahmen für Grundrechtseingriffe enger als die einfachen Vorbehalte. Die einschränkenden Gesetze dürfen sich in ihrer Zielrichtung nicht speziell gegen die Meinungsfreiheit richten. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit darf nicht Hauptzweck des Gesetzes sein, sondern kann lediglich "als Nebenprodukt" sozusagen reflexartig eintreten ⁵³⁾.

Im Sinne dieser formellen Theorie sind z.B. die Straßengesetze als allgemeine Gesetze angesehen worden. Sie regeln das wichtige Gemeinschaftsgut der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs. Weder wird formell die Meinungsfreiheit allgemein betroffen, noch wird eine bestimmte Meinung verboten oder beeinträchtigt. Die Einschränkung geschieht nur mittelbar dann, wenn Meinungsfreiheit sich in einer bestimmten Form, nämlich auf der Straße abspielt ⁵⁴⁾. Weitere Einschränkungen können die Gesetze und Verordnungen gegen Lärm sein ⁵⁵⁾.

52) Wülfing: grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken S. 31 mit Hinweis auf Krüg
DVBL 1950, 625 ff (626)

53) Erichsen: Staatsrecht I S. 43
Hesse: Grundzüge § 12 I 5 bf. S. 163 ff
Klein in v.Mangoldt/Klein GG I Art. 5 Anm. IX 3a
Ridder: Meinungsfreiheit in B.N.SCH.II S. 243/282
BVerfG E 7, 198 (209); 28, 175 ff (185); 33, 52 ff (66)
Bettermann: Grenzen der Grundrechte S. 22

54) Vgl. die Rspr. des BVerfG zur Verteilung von Flugblättern und zu Informationsständen
BVerfGE 28, 54; 23, 271; 32, 322; s.a. BVerwG NJW 1978, 1933 f.

55) Vgl. zur Lautsprecherbenutzung:
BVerfG EuGRZ 1979, 299
OVG Koblenz NJW 1969, 1501 (1502)

Nicht so sehr die Form der Meinungsäußerung, sondern den Inhalt betreffen die Gesetze über Ehrenschutz, Verbreitung jugendgefährdender Schriften und vor allem die Staatssicherheit. Hierbei handelt es sich in der Regel um Strafvorschriften, die ein bestimmtes Verhalten unter Strafe stellen, ohne die spezielle Betätigung in Form der Meinungsäußerung herauszuheben. So kann z.B. die Staatssicherheit nicht nur durch eine Tätigkeit gefährdet werden, die unter den Bereich der Meinungsfreiheit oder Pressefreiheit fällt. Diese Art der Betätigung ist nur eine unter vielen Betätigungsmöglichkeiten. An dieser Stelle ist zunächst festzuhalten, daß die oben genannten Gesetze als allgemeine Gesetze die Meinungsfreiheit und Pressefreiheit einschränken können. Voraussetzung ist die formelle "Wertneutralität" gegenüber dem eingeschränkten Grundrecht. Der Zweck des allgemeinen Gesetzes muß ein Allgemeinwohlgut schützen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist dem Gesetzgeber grundsätzlich die Einschränkungsmöglichkeit gegeben. Wie weit diese Einschränkung tatsächlich gehen darf, wird später im einzelnen zu erörtern sein. Als Ergebnis ergibt sich zunächst, daß der Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes gegenüber den einfachen Gesetzesvorbehalten den Gesetzgeber insoweit in seiner Eingriffsermächtigung einschränkt, als er bei der Abfassung des Gesetzes die Wertneutralität zu dem eingeschränkten Grundrecht beachten muß 56).

56) Bei Wahrung der Wertneutralität ist dann die Grundrechtseinschränkung gestattet zu jedem vom Gesetzgeber legal bestimmten Zweck. Diese Schranke wird aber dadurch wieder abgeschwächt, daß entsprechend der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG das allgemeine Gesetz seinerseits im Lichte des einzuschränkenden Grundrechtes ausgelegt werden muß.

- Bleckmann: allg. Grundrechtslehren S. 244/245 -

3. Qualifizierte Vorbehalte

Einige Grundrechtsvorbehalte lassen Einschränkungen nur unter bestimmten Voraussetzungen oder zu einem bestimmten Zweck zu. Das Grundrecht tritt nicht zugunsten aller Gemeinwohlinteressen zurück, sondern nur zugunsten einzelner enumerativ aufgezählter Gemeinwohlinteressen ⁵⁷⁾. Art. 2 I 2. Halbs. nennt als Einschränkungsgrund die Rechte Dritter, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz. Art. 5 II 3. Alt. GG nennt das Recht der persönlichen Ehre. Art. 13 III GG nennt die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Art 11 II GG hat als Eingriffszweck die Volksgesundheit vor Augen. Die Gemeinwohlinteressen unterteilen sich in: (1) Staatssicherheit Art. 11 II, 12a, 17a, 18 GG) und verfassungsmäßige Ordnung (Art. 2 I 2. Hs, 5 III 2, 9 II, 11 II GG) (2) Belange der Allgemeinheit (Art. 5 II, 7 IV 2-4, 11 II, 12 II, 13 III, 14 III GG) (3) Rechte Dritter (Art. 2 I 2. Hs, 5 II, 6 II 2 u. 3, 9 II, 13 III GG). Die Einteilung ist innerhalb der einzelnen Grundrechte manchmal fließend und untereinander verwoben. Teilweise ergeben sich die qualifizierten Vorbehalte aus den anderen Verfassungsbestimmungen (Art. 12a, 15, 17a und 18 GG). Es ergibt sich aber immer ein unmittelbarer und unverkennbarer Bezug zu dem betroffenen Freiheitsrecht ⁵⁸⁾.

Festzustellen ist hier, daß der Gesetzgeber durch die qualifizierten Vorbehalte noch weiter gebunden ist. Die Eingriffsermächtigung gilt nicht für alle verfassungsrechtlich ausgewiesenen Zwecke, sondern nur für bestimmte ganz konkret aufgezählte Gemeinwohlbelange. Der Gesetzgeber darf also von vornherein Einschränkungen nur zu bestimmten Zwecken vornehmen. Darüber hinausgehende Interessen, und

57) Wülfing: grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken S. 32 ff.

58) vgl. Gallwas: Mißbrauch von Grundrechten S. 32 f.

seien sie auch durchaus wichtig, rechtfertigen Eingriffe in diese Grundrechte nicht ⁵⁹⁾.

4. Regelungs- und Ausgestaltungsvorbehalte

Soweit das Grundgesetz Ausführungsvorbehalte vorsieht, scheint dem Gesetzgeber eine weitgehendere Eingriffsermächtigung zugestanden zu sein als bei den übrigen Vorbehalten. Es scheint ein Widerspruch darin zu bestehen, daß einerseits für den Gesetzgeber eine Ermächtigung zu Substanziierung und Konkretisierung der Grundrechte ausgesprochen wird, während er gemäß Art. 1 III GG an diese gerade gebunden ist. Jedoch ist die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte durch diese Ausgestaltungskompetenz nicht aufgehoben, sie gilt vielmehr in besonderem Maße. Der höherrangige Verfassungsnormcharakter der Grundrechte wird nicht in Frage gestellt ⁶⁰⁾. Der Grundsatz bleibt bestehen, daß Gesetze nach Maßgabe der Grundrechte bestehen und nicht die Grundrechte nach Maßgabe der Gesetze ⁶¹⁾. Bei den Ausführungsvorbehalten der Art. 4 III und 38 III GG ist anerkannt, daß die unterverfassungsrechtlichen Normen Regelungen nur treffen dürfen, soweit sie mit den Gewährleistungen des Kriegsdienstverweigerungsrechtes und des Wahlrechts ver-

59) Bleckmann: allg. Grundrechtslehren S. 243 sieht die Grundrechte, soweit neu hinzugekommene öffentliche Interessen bei der Aufzählung noch nicht berücksichtigt sind oder nicht berücksichtigt werden konnten, dann als "vorbehaltlos" an. Dem stehe nicht entgegen, daß die speziellen geschriebenen Vorbehalte bestimmte öffentliche Interessen schützen und damit die Einschränkung aus anderen öffentlichen Interessen heraus ausschließen wollten. Der Verfassungsgesetzgeber habe bei der Verabschiedung der speziellen Gesetzesvorbehalte noch nicht alle denkbaren Interessen übersehen können. Weiterhin sei eine systematisch brauchbare Lösung der Schrankenproblematik noch gar nicht vorhanden. Außerdem seien die öffentlichen Interessen, die den durch die speziellen Vorbehalte geschützten Grundrechten entgegengehalten werden könnten, selbst wieder durch das Grundgesetz geschützt.

60) Bethge DVBL 1972, 365 ff. (370)
vgl. auch Lerche: Übermaß und Verfassungsrecht S. 108 Fn. 42

61) Krüger DVBL 1950, 625 ff. (626)

einbar sind ⁶²⁾. Die grundgesetzlich geprägten Gewährleistungsbereiche dürfen nicht verkürzt werden ⁶³⁾. Die Ausgestaltungscompetenz bezieht sich nur auf Verfahrensregelungen, die die grundgesetzliche Freiheit erst verwirklichen sollen ⁶⁴⁾. Eine Ermächtigung zur grundrechtseingreifenden Rechtssetzung ist damit nicht verbunden.

Bezüglich der Berufsfreiheit ist die Regelungskompetenz unterschiedlich zu bewerten, je nachdem ob es sich um die Freiheit der Berufswahl oder der Berufsausübung handelt. ⁶⁵⁾ Die Berufswahl soll möglichst uneingeschränkt gelten. "Die Regelungsbefugnis ist um der Berufsausübung willen gegeben, und darf nur unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Inhaltlich ist sie umso freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, umso enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt" ⁶⁶⁾. Der Gesetzgeber muß Regelungen nach Art. 12 I 2 GG jeweils

62) BVerfG E 12, 45 ff (53)

BVerfG E 48, 127;

BVerfG Jus 1979, 254 ff. (255)

63) BVerfG E 28, 243 ff. (259, 260); BVerfG E 32, 40 ff. (46)

BVerfG E 48, 127 ff. (163)

64) Bleckmann: allg. Grundrechtslehren S. 254/255 unterscheidet zwischen Ausgestaltungsvorbehalten im engeren Sinne (Art. 14 I 2 GG), wo das Grundrecht erst in der Ausgestaltung entsteht, und Ausgestaltungsvorbehalten im weiteren Sinne, wo "das nähere" einem Gesetz überlassen bleibt. Bei beiden Arten von Ausgestaltungsvorbehalten darf der Gesetzgeber nicht in das Grundrecht eingreifen. Sowohl die Inhaltsbestimmung durch Ausgestaltung als auch die nähere Konkretisierung bringen gleichzeitig eine Schrankenziehung mit sich.

65) Diese Abstufung ist seit dem Apothekenurteil - BVerfGE 7, 377 ff. - anerkannt.

vgl. BVerfGE 61, 319 ff.; 63, 266 ff.; 65, 116 ff.; 65, 237 ff.; 65, 248 ff.; 66, 337 ff.; 68, 115 ff.; 68, 287 ff.

66) BVerfGE 7, 408

auf der Stufe vornehmen, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt. Die nächsthöhere Stufe darf er erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden Stufe nicht wirksam bekämpft werden können ⁶⁷⁾.

Auch die Ermächtigung des Art. 14 I 2 GG ist von vornherein unter dem Aspekt der Sozialpflichtigkeit des Eigentums zu sehen. Eine Regelungskompetenz ist nur gegeben für Rechtssetzungen, wo der Freiheitsgebrauch negative Auswirkungen auf das soziale Miteinander der Glieder der staatlichen Gemeinschaft hat oder haben kann ⁶⁸⁾. Die Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers ist umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht ⁶⁹⁾.

Insgesamt bleibt als Fazit, daß auch bei den anscheinend weiten Regelungsvorbehalten, insbesondere des Art. 12 I 2 und Art. 14 I 2 GG, dem Gesetzgeber Schranken gesetzt sind. Die Grundrechte sind höherrangige Verfassungsnormen und legen dem Gesetzgeber vielfältige Bedingungen auf. Art. 12 und 14 GG verbürgen elementare Freiheitsbereiche, die normative Wirksamkeit vor aller legislativen Ausgestaltung entfalten ⁷⁰⁾. Die Grundrechtskonstituierung kann nur in dem Rahmen des Art. 14 I 2, II und des Art. 12 I 2 und der sonstigen Schranken grundrechtsrelevanter Tätigkeit erfolgen. Nur insoweit ist der Gesetzgeber ermächtigt, unterverfassungsrechtliche Normen zur Effektivierung und Realisierung grundrechtlicher Freiheit zu schaffen ⁷¹⁾.

67) BVerfG E 7, 408 - seither st.Rspr., vgl. Fn. 65 -

68) Wülfing: Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken S. 35

69) BVerfG DVBL 1979, 399 ff. (402)

70) Wülfing: Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken S. 36

71) Bethge DVBL 1972 S. 365 ff. (370)

Insoweit sind hier die Grenzen der Ermächtigung noch enger, weil an die Grundrechtseinschränkungen besonders hohe Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft sind.

5. Vorbehaltlose Grundrechte und immanente Grundrechtsschranken als Eingriffsermächtigung

Soweit Grundrechte keinen speziellen Vorbehalt aufweisen, heißt das aber noch nicht, daß diese nun der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers gänzlich entzogen wären. Aus der Tatsache, daß der Gesetzesvorbehalt fehlt, kann nicht geschlossen werden, daß die Freiheit nun unbeschränkt gewährt würde ⁷²⁾. Die Schrankenregelung kann nicht abschließend gewollt sein. Sonst wären alle diejenigen Fälle nicht zu lösen, wo zu einem an sich von einem Grundrecht geschützten Verhalten bestimmte Umstände hinzutreten, so daß dieses Verhalten jetzt nicht mehr mit dem Willen des Verfassungsgebers übereinstimmt. Es kann dem Grundgesetzgeber ja nicht unterstellt werden, er habe gewollt, daß jedes Verhalten, auch wenn es bisher als rechtswidrig und unsittlich gewertet wurde, legitimiert wird, nur weil es durch eine Grundrechtsformulierung den Anschein einer Berechtigung erhält ⁷³⁾. Es kann nicht eine Bestimmung einen Eingriff ausdrücklich ausschließen, obwohl ein bestimmtes Verhalten erkennbar einer höherrangigen Verfassungsnorm oder einem Rechtsgrundsatz widerspricht, an den der Verfassungsgeber gebunden ist. Eine solche Bestimmung wäre verfassungswidrig ⁷⁴⁾.

Deshalb ist anerkannt, daß den Grundrechten selbst immanente Schranken innewohnen und nur im Rahmen

72) so aber anscheinend Löffler DÖV 1957, 897 auch Fr. Müller: Positivität der Grundrechte S. 12, 41, 55 ff. geht zu weit in seiner Ansicht, daß Grundrechtseinschränkungen nur dann gerechtfertigt sind, wenn das durch die Grundrechtsnorm ausdrücklich zugelassen wird.

73) Gallwas: Mißbrauch der Grundrechte S. 40

74) Gallwas: Mißbrauch der Grundrechte S. 41

dieser immanenten Schranken von ihnen Gebrauch gemacht werden darf ⁷⁵⁾. Die Grundrechte sind nicht losgelöst im objektiven Wertsystem der Verfassung, sie stehen in einer wesensmäßigen Beziehung zum Ganzen der Verfassung und zu den einzelnen Verfassungsgütern. Zwischen Grundrechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern besteht eine Wechselbeziehung, die so dem einzelnen Grundrecht jeweils Grenzen setzt und ihm den Platz zuweist, den es von vornherein im Ganzen der Verfassung einnimmt ⁷⁶⁾.

Insgesamt geben diese Überlegungen dem Gesetzgeber auch dann eine Eingriffsermächtigung, wenn sie ausdrücklich im Grundgesetz nicht vorgesehen ist ⁷⁷⁾.

Ob diese Eingriffsermächtigung außerhalb der positivierten Vorbehalte sich aus der allgemeinen Geltung des Art. 2 I GG ergibt, oder ob man vom allgemeinen Grundsatz ausgeht, daß grundrechtlicher Freiheitsschutz nicht lückenlos ist, und daraus den allgemeinen Grundgedanken der immanenten Schranken herleitet, ^{77a)} braucht hier

-
- 75) Häberle: Wesensgehaltsgarantie S. 51 ff.
Lerche: Übermaßverbot S. 104 ff.
Maunz: Deutsches Staatsrecht S. 92
Dürig: AÖR 79 S. 57 ff. (59)
Bachhof: B./N./Sch. III 1, S. 208
Bleckmann: allg. Grundrechtslehren S. 245

- 76) Häberle: Wesensgehaltsgarantie S. 51

- 77) so wie hier:
v. Hippel: Grenzen S. 40
s.a. Bleckmann allg. Grundrechtslehren
S. 245 ff.

- 77a) Zu einem solchen allgemeinen Grundsatz kommt man vor allem dann, wenn man davon ausgeht, daß das Grundgesetz allgemeine Grundpflichten mit Verfassungsrang beinhaltet, die dann ebenfalls als immanente Schranken zu Grundrechtseingriffen berechtigen.
vgl. Cötz / Hoffmann VVDStRL 41, 7 ff. (76)
so sah das BVerfG im Schutz des werdenden Lebens eine Verpflichtung des Strafgesetzgebers, tätig zu werden. - vgl. BVerfGE 39, 1 ff.; EuGRZ 1975, 126 ff. - auch die verfassungsmäßige Grundentscheidung für eine funktionsfähige Landesverteidigung kann eine solche Grundpflicht sein, die das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung einschränken kann. vgl. BVerfGE 28, 243; 48, 127, NJW 1985, 1520

nicht entschieden zu werden ⁷⁸⁾. Einigkeit besteht darüber, daß die immanenten Schranken nicht von außen an die Grundrechte herangebracht werden, sondern dem Grundrecht von vornherein innewohnen ⁷⁹⁾. Insgesamt wird anerkannt, daß aufgrund der immanenten Schranken der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes Einschränkungen notwendig sein können, auch wenn konkrete Gesetzesvorbehalte nicht gegeben sind.

Grundsätzlich ist somit dem Gesetzgeber durch die immanenten Schranken eine Regelungsbefugnis gegeben. Durch einen kurzen Überblick über das Verständnis der drei Begriffe Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung und Sittengesetz soll nun

-
- 78) Das BVerfG sieht Art. 21 GG als Auffangtatbestand an. Die extensiv ausgelegte allgemeine Handlungsfreiheit sollte einen lückenlosen Freiheitsschutz gewährleisten und immer dann eingreifen, wenn von den Einzelgrundrechten gewisse Freiheitsbetätigungen schutzlos belassen werden. - BVerfG E 6, 32 ff. (Elfes-Urteil) vgl. auch die bei Wülfing - Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte - S. 107 Fn. 6 u. 9 aufgeführte Rspr.
zustimmend:
Klein: v.Mangoldt/Klein Vorb. B XV 3a, S. 130
Erbel: Sittengesetz S. 166 ff; Dürig: MDH Art. 2 GG Rdn. 69
Häberle: Wesensgehaltsgarantie S. 230
Nipperdey/Wiese in B/N Grundrechte IV 2 S. 767 ff.
ablehnend:

Schnapp JuS 1978, 729/730

Krebs: Vorbehalt des Gesetzes S. 36 ff.

Wülfing: Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte S. 107/108

J.Müller: Rechtscharakter des Art. 2 I GG. S. 49

W.Knies: Schranken der Kunstfreiheit S. 89

Scholtisseck NJW 1952, 561 ff. (563)

Bleckmann: allg. Grundrechtslehren S. 246 ff.

s.a. Döhring: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland D III 2 (1), S. 159 ff.

- 79) Knies: Schranken der Kunstfreiheit S. 89
Häberle: Wesensgehaltsgarantie S. 230
Krebs: Vorbehalt des Gesetzes S. 115
Hesse: Bindung des Gesetzgebers S. 92
Klein: v.Mangoldt/Klein Vorb. Art. 1 Anm. B XV 2a, S. 124
Bleckmann: allgemeine Grundrechtslehren S. 228/250

zunächst festgestellt werden, ob die dem Gesetzgeber grundsätzlich durch die immanenten Schranken erteilte Ermächtigung weiter oder enger begrenzt ist als die durch die positivierten Vorbehalte erteilte Ermächtigung.

a. Rechte Dritter

Die Rechte Dritter bestehen in der Behinderung anderer an der Ausübung der ihnen verfassungsrechtlich zugestandenen Freiheiten. Die Ausübung eines Rechtes findet dort seine Grenze, wo sie in die Rechte eines Mitbürgers eingreift. Diese Schranke berechtigt den Staat, das verletzte Recht des Dritten durch Maßnahmen wieder herzustellen⁸⁰⁾. Man könnte daraus die Konsequenz ziehen, der Gesetzgeber könne den Rahmen des Freiheitsgebrauches durch freie Begründung subjektiver Rechte so einschränken, daß praktisch sämtliche Freiheitsrechte der einfachgesetzlichen Disposition unterworfen sind⁸¹⁾. Dagegen spricht jedoch die allgemein für das Grundgesetz anerkannte Einsicht, daß eine Freiheit nach Maßgabe des Gesetzes dem geltenden Verfassungsrecht widerspricht⁸²⁾. Dabei ist auch die Wechselwirkung zwischen den Grundrechten nicht berücksichtigt. Es geht nicht darum, daß ein Grundrecht immer dann weichen muß, wenn es das Recht eines anderen verletzt⁸³⁾. Das würde zu einer bloßen Unterteilung führen zwischen "angreifenden" und "verletzten" Grundrechten, wobei dann immer die "angreifenden" zu weichen hätten. In dieser Weise stehen sich aber zwei Grundrechte nicht gegenüber⁸⁴⁾. Die Untertei-

80) Bettermann: Grenzen der Grundrechte S. 10
Bleckmann allg. Grundrechtslehren S. 249/250

81) Blaesing: Grundrechtskollisionen S. 112
Kloepfer: Grundrechte als Entstehenssicherung
S. 21 Fn. 82

82) Zeitler Bayr. VerwBL 1971, 417 ff. (418)

83) Lerche: Übermaß S. 292 ff. (293)
Knies: Schranken der Kunstfreiheit S. 94 ff.

84) Blaesing: Grundrechtskollisionen S. 16
Knies: Schranken der Kunstfreiheit S. 95

lung wäre willkürlich. Die Entscheidung kann vielmehr nur zugunsten des Grundrechtes fallen, dessen Vorrang im konkreten Fall erwiesen wird⁸⁵⁾. Dabei ist zu beachten, daß die nicht unter ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte nur auf Verfassungsebene eingeschränkt werden können⁸⁶⁾. Die Stärke des Freiheitsrechtes wird dabei von der Weite der Eingriffsmöglichkeiten indiziert⁸⁷⁾. Aus diesem Grunde lehnt Wülfing sogar einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt zum Schutz der Rechte anderer ab⁸⁸⁾. Damit geht er meiner Meinung nach aber zu weit. Er vermengt hier die Frage, ob sich grundsätzlich aus den Rechten Dritter eine Eingriffsermächtigung für den Gesetzgeber ergeben kann mit der Frage der Grenze der tatsächlichen Ausübung und des Mißbrauchs. Die oben angeführten Einwendungen zeigen nur, daß die immanente Schranke der Rechte anderer den Gesetzgeber nicht ermächtigt, zugunsten jeglichen anderen Rechts Einschränkungen vorzunehmen, sondern nur zugunsten eines Rechts, das im Verfassungsrang als höherwertig anzusehen ist⁸⁹⁾.

85) Blaesing: Grundrechtskollisionen S. 141

86) Hesse: Grundzüge S. 131
Schnapp Jus 1978, 729
vgl. auch BVerfG E 28, 243 ff. (260 f.)
BVerfG E 30, 173 ff. (193)

87) Blaesing: Grundrechtskollisionen S. 141 ff.
Lepa DVBL 1972, 161 ff. (167)
Graf, Hans Lotar: Grenzen der Freiheitsrechte
S. 128
Leisner: Grundrechte und Privatrecht S. 391

88) Wülfing: grundrechtliche Gesetzesvorbehalte
S. 111

89) Der Grundsatz, daß jede Grundrechtsnorm nur gilt, wenn und soweit dem geschützten Freiheitsinteresse keine höherwertigen Rechtsgüter entgegenstehen, ist ein Kernpunkt in den Überlegungen v. Hippels. Er hält diesen Satz für so elementar, daß er über den Bereich der Grundrechte hinaus für die gesamte Rechtsordnung gilt.
- v. Hippel: Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte S. 26/30 -

Die immanente Schranke der Rechte Dritter läßt dem Gesetzgeber keinen so großen Spielraum, wie man zunächst annehmen möchte. Schon im Vorraum der Gesetzgebung ist eine Güterabwägung vorzunehmen, und zwar auf Verfassungsebene. Es genügt nicht festzustellen, daß das durch das Gesetz zu schützende Recht eines anderen generell ein schützenswertes Rechtsgut ist, es muß auch verfassungsmäßig höherrangig sein. Dabei kann es für die Entscheidung dann ein Anhaltspunkt sein, wieweit der Verfassungsgeber bei den jeweils kollidierenden Grundrechten bereits Einschränkungsmöglichkeiten vorgesehen hat. Insoweit ist bei der immanenten Grenze der Rechte anderer die Eingriffsermächtigung für den Gesetzgeber also erheblich enger als bei den vorher erörterten positivierten Vorbehalten. Hier sind nicht bloße formelle Voraussetzungen zu beachten wie beim allgemeinen Gesetz, oder Einschränkungen nur zu bestimmten Zwecken zulässig wie bei den qualifizierten Vorbehalten, hier muß vorher eine materielle Prüfung stattfinden.

b. Verfassungsmäßige Ordnung

Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören nach der weiteren Interpretation alle Rechtssätze, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind ⁹⁰⁾. Gegen diese weite Auslegung spricht allerdings, daß dann der gesamte Grundrechtskatalog leerliefe. Die immanente Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung wäre nichts anderes als ein einfacher Vorbehalt. Die Freiheitsrechte wären dem Zugriff

90) BVerfG E 6, 32 ff. (Elfes-Urteil)
vgl. auch BVerfG E 6, 389 ff. (432 ff.) 7, 111 ff. (119) 10, 89 ff. (99); 10, 354 ff. (363), 17, 306 ff. (313); 20, 150 ff. (154/159); 23, 288 ff. (300); 24, 75 ff. (103); 26, 246 ff. (258); 31, 222 ff. (229); 34, 165 ff. (200); 37, 314 ff. (324); 39, 156 ff. (166); 41, 88 ff. (116); 42, 20 ff. (27); 42, 191 ff. (205); 44, 59 ff. (69); 45, 400 ff. (413); 47, 130 ff. (138 f.); 49, 24 ff. (57); 49, 168 ff. (180 f.); 50, 256 ff. (262)
zustimmend Bockenförde/Greifenhagen JuS 1966, S. 359 ff. (362 Anm. 21)
Fr. Klein in Schm./Bl./Kl. Art. 2 GG Rdn. 6

des Gesetzgebers unterworfen: Insoweit ist noch einmal der Grundsatz anzuführen, daß grundrechtliche Freiheiten nicht nach Maßgabe des Gesetzes bestehen⁹¹⁾.

Enger als die Ansicht des BVerfG ist die Ansicht, die in Art. 2 I 2. HS GG den verfassungsrechtlichen Ansatz einer alle Freiheitsrechte treffenden Gemeinwohlklausel sieht⁹²⁾. Bettermann hält die Gemeinwohlpflichtigkeit für zu unbestimmt, um eine verfassungsunmittelbare Eingriffsermächtigung für den Gesetzgeber daraus herzuleiten⁹³⁾. Lerche befürchtet, daß eine solch allgemeine konkretisierungsbedürftige Formel, wenn sie als Ermächtigungsgrundlage dienen würde, dem Gesetzgeber die Möglichkeit gäbe, subjektive Schrankenvorstellungen als Verfassungssätze auszugeben⁹⁴⁾.

Die engste Auslegung der verfassungsmäßigen Ordnung treffen diejenigen, die darin den Inbegriff grundlegender Verfassungsentscheidungen oder die Summe der Verfassungsdirektiven verstehen⁹⁵⁾. Klein zählt zu diesen verfassungsmäßigen Grundprinzipien das demokratische, das bundesstaatliche und das Rechtsstaatsprinzip, den Gleichheitsgrundsatz und die Grundrechte, die unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit sind⁹⁶⁾. Für Lerche zählen alle Gesetze zur verfassungsmäßigen Ordnung, die im

91) Pollern JuS 1977, 644 ff. (646)

Ehmke VVDStRL 20, 53 ff. (83)

Herzog in M/D/H Art. 8 Rdn. 85

Jäckel: Grundrechtsgeltung S. 31 Anm. 53

92) Huber DÖV 1956, 135 - spricht von einer Existenzklausel BVerfG E 4, 16, 19, 96, 33, 334; 39, 367 spricht von Zumutbarkeitsklausel

Dürig MDH Art. 2 I Rdn. 69 spricht von Nichtstörerklause

Maunz MDH Art. 13 Rdn. 22 spricht von Allgemeininteressen.

93) Bettermann: Grenzen der Grundrechte S. 19

94) Lerche: Übermaß S. 286

95) Jäckel: Grundrechtsgeltung S. 31 f.

Klein: v. M/KI. Art. 2 GG Anm. IV 2a S. 181

Lerche: Übermaß S. 299 ff.

96) Klein: v. M/KI Art. 2 GG Anm. IV 2a S. 181 f.

Vollzug bestimmter Verfassungsaufträge ergehen 97). Diese enge Auslegung hat für sich, daß sie für eine höhere Rechtssicherheit sorgt und der Gefahr einfachgesetzlicher Disposition über die Grundrechte besser begegnet. Andererseits besteht auch hier das Manko, daß der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung nicht von vornherein festlegt, welche elementaren Rechtsgüter er repräsentiert und welche nicht. Auch hier bedarf es einer weiteren Konkretisierung, die allerdings die Gefahr einer interpretatorischen Beliebigkeit 98) und damit der Willkür des Gesetzgebers in sich birgt. Dies ist jedoch eine Frage der tatsächlichen Ausübung und des Mißbrauchs. Grundsätzlich ist hier, ebenso wie bei der immanenten Schranke der Rechte anderer, festzustellen, daß die Ermächtigung des Gesetzgebers durch die immanente Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung insoweit eingeengt ist, weil er eine materielle Prüfung vornehmen muß, inwieweit das einschränkende Gesetz dem Schutz elementarer Verfassungsprinzipien dient, und welche Verfassungsaufträge es vollzieht.

c. Sittengesetz

Unter dem Sittengesetz werden grundsätzlich diejenigen sittlichen Normen verstanden, die die zivilisierte Gesellschaft als richtig anerkannt hat, und die für ein Zusammenleben in der Gemeinschaft als verbindlich betrachtet werden 99). Insoweit entspricht der Begriff weitgehend der "öffentlichen Ordnung" im Sinne des Polizeirechts 100).

97) Lerche: Übermaß S. 299 und S. 63 f.

98) Hippel: Grenzen und Wesensgehalt S. 33

99) Dürig: MDH Art. 2 I GG Rdn. 16

Erbel: Sittengesetz S. 342

Graf: Grenzen der Freiheitsrechte S. 130

100) Achterberg "Öffentliche Ordnung" S. 9 ff.

Denninger JZ 1970, 145 ff. (148)

Götz: allg. Polizei- und Ordnungsrecht S. 45 f.

Zu Recht läßt sich auch hier einwenden, Moral- und Wertvorstellungen seien wandelbar und könnten sogar gezielt beeinflußt werden ¹⁰¹⁾. Wieder ist die Konkretisierung des Begriffs Aufgabe des Gesetzgebers.

Alle oben angeführten Bedenken führen m.E. aber nicht dazu, die immanenten Grundrechtsschranken als Eingriffsermächtigung auszuschließen, sie geben vielmehr Veranlassung, dem Gesetzgeber bei der tatsächlichen Ausführung eine besondere Beobachtung seiner Grenzen zukommen zu lassen.

6. Zusammenfassung und Wertung

Die Grundrechtsvorbehalte geben dem Gesetzgeber eine Ermächtigungsgrundlage, in Grundrechte einzugreifen.

Die Ermächtigung ist aber nicht bei allen Grundrechten gleich weit. Ein System von gestaffelten Vorbehalten weist dem Gesetzgeber von vornherein eine mehr oder weniger enge Gestaltungsfreiheit zu ¹⁰²⁾. Damit stellen die Vorbehalte gleichzeitig einen Schutz der Grundrechte dar und limitieren von vornherein die dem Gesetzgeber gegebene Eingriffskompetenz ¹⁰³⁾.

101) So schon Kelsen: Reine Rechtslehre S. 65 ff (70)
Denninger JZ 1970, 145 ff. (148)
Hans H. Klein DVBL 1971, 233 ff. (238)
Bleckmann: allg. Grundrechtslehren S. 251
lehnt das Sittengesetz als Schranke deshalb ab.
Die Mehrheit würde so die Schranken der Grundrechte der Minderheit bestimmen.

102) Auch Grabitz (Freiheit und Verfassungsrecht S. 54) spricht von einem System gestaffelter Gesetzesvorbehalte.
Papier (Die finanziellen Gesetzesvorbehalte und das grundrechtliche Demokratieprinzip S. 27 ff.) unterscheidet drei Stufen grundrechtlicher Eingriffsvorbehalte:
(1) der unbedingt formelle Gesetzesvorbehalt
(2) die nicht zwingenden Parlamentsvorbehalte
(3) die schlichten Rechtsvorbehalte

103) so auch Bleckmann EUGRZ 1981, 274

Den weitesten Spielraum geben die einfachen Gesetzesvorbehalte. Hier ist eine Einschränkung durch den Gesetzgeber zugunsten eines jeden legalen Zwecks möglich und zulässig.

Der Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes stellt schon Anforderungen an die Art und Weise der Einschränkung.

Die qualifizierten Vorbehalte lassen Einschränkungen nur zu bestimmten Zwecken und unter bestimmten Voraussetzungen zu.

Soweit bei Grundrechten Regelungs- und Ausführungsvorbehalte vorgesehen sind, ergibt sich der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aus dem Grundrecht selbst. Als höherrangige Verfassungsnormen verbürgen sie elementare Freiheitsbereiche, die normative Wirksamkeit vor aller legislativen Ausgestaltung entfalten. Es gilt der Grundsatz, daß Gesetze nach Maßgabe der Verfassung gelten und nicht die Verfassung nach Maßgabe der Gesetze.

Auch schrankenlos gewährte Grundrechte sind der Regelung des Gesetzgebers nicht völlig entzogen. Ihnen wohnen immanente Schranken inne, die Einschränkungen notwendig machen können, auch wenn konkrete Gesetzesvorbehalte nicht gegeben sind. Die Begriffe "Rechte Dritter", "verfassungsmäßige Ordnung" und "Sittengesetz" bedürfen allerdings weiterer Konkretisierung. Dieses Manko läßt viele Kritiker befürchten, ihre Anerkennung als Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe könne zu einer Rechtsunsicherheit führen und würde die Grundrechte der Willkür des Gesetzgebers ausliefern. Dies ist aber kein Anlaß, immanente Schranken als Eingriffsermächtigung gänzlich abzulehnen. Vielmehr muß gerade hier die Gestaltungskompetenz des Gesetzgebers enger gesehen werden als bei den positivierten Gesetzesvorbehalten. Der Gesetzgeber hat eine materielle Prüfung durchzuführen. Eine Güterabwägung auf Verfassungsebene hat zu entscheiden, ob die Einschränkung eines Grundrechtes zugunsten eines höherrangigen Rechtsgutes erfolgen kann. Die Einschränkung vor-

behaltloser Grundrechte kann letztlich nur durch die Verfassung erfolgen. Insbesondere hier ist die Gesetzgebung zu beobachten. Hier zeigen sich die Grenzen der "Auslieferung der Grundrechte an den Gesetzgeber". Hier wird sich erweisen, wie die Stärke der Verfassung sich behaupten kann.

III. Schutz der Grundrechte vor Einschränkungen durch den Gesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland

Dadurch, daß im Grundgesetz die Einschränkung von Grundrechten durch Gesetz ausdrücklich zugelassen wird und der Gesetzesvorbehalt dem Gesetzgeber eine Einschränkungsermächtigung gibt, besteht für die Legislative ein breiter Spielraum. Die Gefahr, daß die Grundrechte hierdurch der Disposition des Gesetzgebers ausgeliefert sind und der Bürger allenfalls vor verfassungswidrigen oder gesetzlosen Eingriffen geschützt ist, wurde von vielen Kritikern immer wieder beschworen ¹⁰⁴⁾. Besonders die immanenten Schranken, die ja noch einer Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen, haben immer wieder Anlaß gegeben, die Frage nach allgemeingültigen Regeln aufzuwerfen, die zu einer angemessenen Lösung des Konfliktes zwischen der Freiheitssicherung für den einzelnen und der Wahrung der Allgemeininteressen führen, so daß dem Bürger so wenig wie möglich von seinen

104) Leisner befürchtet, daß durch einfache Gesetze die Verfassung verdrängt oder relativiert wird. Er stuft die Verfassung höherwertig ein als "einfaches" Gesetzesrecht (er spricht von Normpyramide) und wendet sich folgerichtig energisch dagegen, daß niederrangiges Recht unkontrolliert in das Verfassungsrecht eindringt und die Grundrechte der Manipulation des Gesetzgebers ausliefert. Wenn Verfassungsrecht durch niederes Recht interpretiert werde, und diese so interpretierte Verfassung dann andere Normen beeinflusse, führe das dazu, daß die Verfassung bloße Analogie werde
Leisner: Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes S. 40/61;
Leisner: Grundrecht und Privatrecht S. 165

Freiheiten genommen wird und dennoch die Gemeinschaft keinen Schaden erleidet. Diese Regeln aufzufinden, ist die Hauptaufgabe dieser Arbeit.

1. Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung und die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen

Das Grundgesetz hat bereits selbst Vorkehrungen getroffen, die Gefahr der Aushöhlung der Grundrechte zu bannen. Die ausdrücklich in Art. 1 III GG und Art. 20 III GG festgelegte Bindung der Legislative an die Verfassung soll verhindern, daß dem Gesetzgeber ein zu großer Spielraum zur Einschränkung von Grundrechten eingeräumt wird. Die Festlegung des Gesetzesvorbehaltes ist keine Blankovollmacht zur beliebigen Einschränkung ¹⁰⁵⁾. Nach dem Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen ist eine Gesetzesbestimmung immer so auszulegen, daß sie mit den Grundsätzen der Verfassung in Einklang steht. Bei mehreren Möglichkeiten der Auslegung eines Gesetzes ist diejenige maßgebend, bei der die gesetzliche Regelung in Einklang mit der Verfassung steht ¹⁰⁶⁾. Es besteht eine Wechselwirkung zwischen Verfassung und Gesetz. Das Grundrecht wird durch das Gesetz zwar eingeschränkt, es setzt aber seinerseits dem einschränkenden Gesetz Schranken ¹⁰⁷⁾. Nicht das Gesetz bestimmt Sinn, Zweck und Umfang der Grundrechte, vielmehr bestimmt die Verfassung Auslegung und Anwendung

105) BVerfG E 12, 45 (53)
BVerfG E 28, 249 (259)

106) BVerfG E 2, 266 (282); 2, 336 (340); 4, 331 (351); 7, 53 (58); 7, 319; 8, 217; 9, 229; 10, 351; 11, 83; 12, 377; 11, 190; 12, 45, 2, 380 (398); 6, 32 (43); 7, 120 (126); 8, 41; 8, 324; 9, 289; 4, 7 (22); 6, 222 (242); 7, 272; 8, 78; 9, 200; 10, 80; 12, 172; 14, 72; 15, 125; 48, 40 (45); 41, 65 (86)
Hesse: Grundzüge § 2 IV 1 S. 31/32

107) Das ist seit dem Lüth-Urteil ständige Rechtspr. des BVerfG - BVerfG E 7, 198 ff. -

des Gesetzes ¹⁰⁸⁾. Grundrecht und Gesetz dürfen nicht isoliert voneinander gesehen werden. Das Gesetz ist in seinem rechtslogischen Zusammenhang mit dem übergeordneten Recht zu sehen. Gesetzgebung darf nicht gegen Grundrecht ausgespielt werden ¹⁰⁹⁾. Insoweit übernimmt die Verfassung eine Kontrollfunktion ¹¹⁰⁾. Die Verfassung selbst bestimmt, unter welchen Voraussetzungen, zu welchem Zweck und in welchen Formen das Grundrecht eingeschränkt werden darf.

2. Das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG

Der Zwang, das einzuschränkende Grundrecht im Gesetz zu nennen, ist ein formales Hindernis, das ebenfalls der Rechtssicherheit dient. Es bedeutet für den Gesetzgeber eine psychologische Schranke, durch die er noch einmal alle Konsequenzen der Einschränkung durchdenkt und nur die Einschränkungen vornimmt, die er auch bewußt will ¹¹¹⁾. Hesse und Bethge sprechen von einer Warnfunktion, die einer schleichenden Grundrechtsentwertung vorbeugen soll ¹¹²⁾. Die Schutzfunktion des Art. 19 I 2 GG wird jedoch durch eine restriktive Auslegung in der Praxis durchlöchert. Die h.M. nimmt von dem Zitiergebot das vorkonstitutionelle Recht aus, weil der vorkonstitutionelle Gesetzgeber dieses nicht kennen konnte ¹¹³⁾. Weiterhin wurde das Zitiergebot ver-

108) Krüger DVBL 1950, 624
Bleckmann: allg. Grundrechtslehren S. 207-210
Bettermann: Grenzen der Grundrechte S. 6
Hesse: Grundzüge 2 IV 3, S. 34

109) Häberle: Wesensgehaltsgarantie S. 175

110) Herzog Bayr. VerwBl 1959, 276 (277)
Herzog MDH Art. 20 Rdn. 67

111) Herzog MDH Art. 19 I Rdn. 48
Doehring: Das Staatsrecht d. BRD S. 168
vgl. auch BVerfGE 64, 72 ff. (79 f.)

112) Hesse: Grundzüge S. 140
Bethge DVBL 1972, 365

113) Hesse: Grundzüge S. 141
Doehring: Staatsrecht S. 368
Klein v.M/Kl. Art. 19 Anm. IV 3 c, S. 550
BVerfGE 2, 121 ff. (122), 5, 13 (16)
8, 274 (329); 28, 36 (46)

nachlässigt bei Gesetzen, die bereits bestehende Grundrechtseinschränkungen nur wiederholen oder nur geringfügig abändern¹¹⁴⁾. Im Rahmen des Art. 14 III GG greift es ebenfalls nicht ein, weil man davon ausgeht, daß die Forderung nach Entschädigung einen erheblich wirksameren Druck ausübt¹¹⁵⁾. Bei den verfassungsimmanenten Grundrechtsschranken meint die h.M. ebenfalls ohne das Zitiergebot auskommen zu können¹¹⁶⁾.

Grundlegende Begründung dieser restriktiven Auslegung ist die Befürchtung, daß eine weite Auslegung des Zitiergebotes zu einer Behinderung des Gesetzgebers und zu einer Überhandnahme von Gesetzeszitataten führen würde, sowie die Zahl nichtiger Gesetze rapide ansteigen lassen würde¹¹⁷⁾.

Aufgrund dieser Tendenz der h.M. hält Herzog m.E. zu Recht das Ziel des Art. 19 I 2 GG für nicht erreicht¹¹⁸⁾. Kritik ist in der Hauptsache anzumelden gegen die Ausweitung der restriktiven Handhabung auf Gesetze, die vorkonstitutionelle Grundrechtsschranken wiederholen. Diese Limitierung ist insoweit nicht gerechtfertigt, weil der nachkonstitutionelle Gesetzgeber hier sehr wohl erstmalig einschränkend tätig wird und

114) BVerfG E 5, 13 (16); 15, 288 (293); 16, 194 (199); 185 (189)

115) sog. Junktim-Klausel
Klein v.M/Kl. Art. 14 Anm. VII 8a S. 448 m.w.N.
Gallwas: Faktische Beeinträchtigung der Grundrechte S. 121
vgl. auch BVerfG E 21, 92 (93); 24, 367 (396) zu Art. 14 III und BVerfG E 13, 97 (122) zu Art. 12

116) BVerfG E 6, 32 (37); 10, 89 ff. (99)
vgl. auch 8, 274 (320); 28, 36 (48)
Hesse: Grundzüge S. 141
Doehring: Staatsrecht S. 369

117) Klein v.M/Kl. Art. 19 Anm. IV 3a, S. 547

118) Herzog MDH Art. 19 I Rdn. 12
Die gleiche Kritik äußert Bethge
DVBL 1972, 365 ff.

diese Einschränkung auch selbst verantworten soll 119). Den geringsten Bedenken begegnet noch die Nichtanwendung des Zitiergebotes auf die immanenten Grundrechtsschranken 120).

Insbesondere, wenn man weiter berücksichtigt, daß auch Art. 5 II GG nicht unter das Zitiergebot fiele, weil er keine Einschränkung gegen eine bestimmte Meinung gestattet, und somit außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 19 I 2 GG liegt, kommt man zu dem Ergebnis, daß gerade die wichtigsten Grundfreiheiten (Meinungsfreiheit, Berufsfreiheit und Eigentum) vom Schutz des Zitiergebotes nicht umfaßt werden. Das BVerfG sieht insgesamt bei den im Grundrecht selbst vorgesehenen Regelungsvorbehalten eine geringere Notwendigkeit für die Warnfunktion des Zitiergebotes, weil dem Gesetzgeber in der Regel hier ohnehin bewußt sei, daß er sich im grundrechtsrelevanten Bereich bewegt 120a).

Es ist Herzog und Bethge voll zuzustimmen, wenn sie diesen Zustand für äußerst unbefriedigend halten 121).

119) Bethge DVBL 1972, 367

120) Herzog begründet dies damit, daß sie erst nachträglich in die Verfassung hineingebracht seien
MDH Art. 19 Rdn. 57
Bethge bezieht sich auf die sowieso schon weitgehende Interpretation der verfassungsmäßigen Ordnung des BVerfG.
- DVBL 1972, 368 -

120a) vgl. BVerfGE 21, 92 ff. (92); 24, 367 ff. (396 ff.); 28, 282 ff. (289); 33, 52 ff. (77 f.); 64, 72 ff. (79 f.)

121) so wie hier: Gallwas: Faktische Beeinträchtigung der Grundrechte S. 116/119

3. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG

Während die formelle Schranke des Zitiergebotes des Art. 19 I 2 GG, wie oben dargestellt, in der Praxis nicht den gewünschten Erfolg zeigt, soll die materielle Schranke der Wesensgehaltssperre des Art. 19 II GG wirksamer die Aushöhlung eines Grundrechtes durch übermäßige Begrenzung verhindern ¹²²⁾.

122) Schneider: Pressefreiheit und Staatssicherheit S. 117 ff. leitet aus Art. 19 II GG Garantieprinzipien ab. Formale Garantieprinzipien sind das rechtsstaatliche Prinzip der Gewaltenteilung, das Prinzip des Rechtsstaats, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, das Verbot der Einzelfallgesetzgebung und der rückwirkenden Gesetze. Materielle Garantieprinzipien sind das Gemeinwohlprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Eine Grundrechtseinschränkung darf nie soweit gehen, daß der Wesensgehalt eines Grundrechtes angetastet ist. Ob der Wesensgehalt betroffen ist, kann nur unter Berücksichtigung der Bedeutung und des Gewichtes des einzelnen Grundrechtes ermittelt werden¹²³⁾. Der Gesetzgeber ist, wenn er von dem Vorbehalt Gebrauch macht, an die von der Verfassung getroffene Grundentscheidung in der Wertordnung gebunden¹²⁴⁾.

Die Wesensgehaltsgarantie verbürgt einen Kernbereich des Grundrechtes¹²⁵⁾, einen letzten Rest¹²⁶⁾, ein substantielles Minimum¹²⁷⁾. Entscheidender Punkt ist jedoch, wieweit dieser Kernbereich geht. Schützt Art. 19 II GG auch vor der restlosen Entziehung eines Grundrechtes?

a. Die absolute Wesensgehaltstheorie

Sieht man die Wesensgehaltsgarantie als absolut an, beurteilt sich die Frage, ob ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet wird, nicht nach dem Zweck und Grund der Beschränkung, sondern ausschließlich nach dem, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt noch übrig bleibt¹²⁸⁾. Danach wird

123) BVerfG E 22, 180; 30, 47 ff.

124) v. Hippel: Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte S. 50 - 53/61

v. Hippel sieht seine Definition im Apothekenurteil des BVerfG E 7, 377 ff. bestätigt. Die in der Stufentheorie des BVerfG gegebenen Richtlinien beließen dem Gesetzgeber noch eine ausreichende Gestaltungsfreiheit. Die Grundsätze des Apothekenurteils seien auch für andere Grundrechte richtungsweisend. Ausgehend vom Apothekenurteil bestimmt er den Spielraum des Gesetzgebers dahin, daß er umso geringer wird, je belastender die gesetzliche Regelung für das Interesse des einzelnen ist.

125) v. Mangoldt/Klein Art. 19 GG Anm. V 4

126) Stein: Lehrbuch des Staatsrechts S. 254 ff.

127) Lerche: Übermaß S. 34 ff. (35) m.w.N.

128) v. Mangoldt/Klein Art. 19 Anm. V 4a, S. 557 unter Hinweis auf OVG Münster amtI. Sammlung S. 290 und BVerfG E 1, 272/273

der Wesensgehalt schon dann angetastet, wenn auch nur einer der typischen Grundzüge eines Grundrechtes durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes angetastet wird ¹²⁹⁾.

b. Die relative Wesensgehaltstheorie des BGH

Der BGH sieht den Wesensgehalt dann angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechtes stärker eingeschränkt würde, als es der sachliche Anlaß und Grund, zu dem der Eingriff geführt wird, unbedingt und zwingend gebietet ¹³⁰⁾. Hier wird also nicht vom Wesensgehalt des Grundrechtes ausgegangen, sondern von dem gesetzgeberischen Anlaß, der zu dem Eingriff geführt hat. Der Zweck bestimmt, ob der Wesensgehalt angetastet ist. Ist der Eingriff zur Verwirklichung des Zweckes geeignet und beschränkt er sich auf das zur Erreichung des Zwecks unbedingt notwendige Freiheitsopfer, ist Art. 19 II GG nicht verletzt. Ein Eingriff wäre demnach im Einzelfall sogar dann gerechtfertigt, wenn er praktisch zur völligen Aufhebung des Grundrechtes führt, solange nur der Zweck genügend hoch angesetzt wird ¹³¹⁾.

c. Die Immanenz-Theorie des BVerwG

Das BVerwG geht zwar von einem absoluten Wesensgehalt aus und prüft, was nach der Einschränkung von dem Grundrecht noch übrig bleibt. Dieses Ergebnis wird dann jedoch relativiert, indem das

129) Wernicke: BK Erl. II 2a zu Art. 19
Leisner: Grundrechte und Privatrecht S. 152

130) BGH St. 4, 375 ff. (385), 5, 375
vgl. auch BGH DVBL 1953, 370
BGH DÖV 1953, 343

131) Maunz: MDH Art. 19 II Rdn. 4

BVerwG auch im Rahmen des Art. 19 II GG immanente Schranken der Grundrechte annimmt. Wenn auch eine Beeinträchtigung des Wesensgehaltes ermittelt wird, wird dennoch eine Einschränkung unter der immanenten Grenze hingenommen, daß Grundrechte dann nicht in Anspruch genommen werden können, wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden ¹³²⁾.

Gegen eine solche Relativierung des Wesensgehaltes spricht eindeutig der absolute Wortlaut des Art. 19 II GG, wonach der Wesensgehalt eines Grundrechtes in keinem Falle angetastet werden darf ¹³³⁾. Diese nach dem Wortlaut gegebene Unantastbarkeit und ein Verhältnismäßigkeitsdenken sind unvereinbar. Der Begriff Wesensgehalt setzt eine Grundsubstanz voraus, deren Verletzung nur von der Intensität der gegen sie gerichteten Eingriffe abhängen kann. Die Mittel-Zweck-Relation setzt dagegen gerade eine wandelbare Verbindung, aber keine feste Rechtssubstanz voraus ¹³⁴⁾.

Legt man den Wesensgehalt unter dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit aus, kann es dazu führen, daß eine Verletzung als gegeben angenommen wird bei einem leichten, aber unverhältnismäßigen Mittel, während bei einem schweren, aber verhältnismäßigen Eingriff der Wesensgehalt unangetastet bliebe. Der vom Verfassungsgeber bezweckte Schutz würde leerlaufen ¹³⁵⁾. Die Bedeutung des Art. 19 II GG liegt ja gerade darin, eine absolute Schranke bei jedem Eingriff in den Inhalt eines Grundrechtes zu sein. Die Rela-

132) BVerwGE 1, 51 ff. (52); 1, 94 und 275;
2 99 ff.; 2, 345 ff. (346)

133) Jäckel: Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung S. 41/62

134) Jäckel: Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung S. 76
vgl. auch Krüger DÖV 1955, 598

135) Jäckel spricht davon, der Wesensgehalt sei dann nur noch ein "wesenloses Phantom"
Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung S. 77

tivierung, die eintritt, wenn man auch bei der Bestimmung des Wesensgehaltes von einer Mittel-Zweck-Relation ausgeht, würde das Gegenteil von dem erreichen, was dem Sinn der Norm entspricht. Art. 19 II GG würde zu einer Generalklausel verallgemeinert, was zu einer völligen Entwertung des Grundrechtsschutzes führen würde.

d. Die Meinung des BVerfG

Das BVerfG hat seit dem Lüth-Urteil ¹³⁶⁾ mit der Betonung der gegenseitigen Wechselwirkung zwischen Grundrecht und Vorbehalt die in der Weimarer Republik vertretene Ansicht, wonach der Gesetzesvorbehalt unbedingt Vorrang hatte, aufgelockert. Als die Entscheidung tragende Norm wird Art. 19 II GG jedoch nicht erwähnt. Das BVerfG hat auch in keinem Fall eine Verletzung des Wesensgehaltes bejaht ¹³⁷⁾. Im Apothekenurteil lehnt das BVerfG ausdrücklich die Rechtsprechung des BGH und des BVerwG ab und betont, daß nach dem klaren Wortlaut des Art. 19 II GG der Wesensgehalt eines Grundrechtes "in keinem Fall" angetastet werden dürfe. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Eingriff trotzdem zulässig sei, sei gegenstandslos. Der Wesensgehalt würde dadurch relativiert ¹³⁸⁾.

e. Die Meinung von Maunz

Der Meinung von Maunz, der in der Güterabwägung des BVerfG nichts anderes als die Anwendung der relativen Wesensgehaltstheorie sieht, kann man sich deshalb angesichts dieser klaren Aussage des BVerfG nicht anschließen. Maunz ist der Ansicht, daß der Grundsatz der Güterabwägung allgemein dazu führt, daß der Gesetzgeber in dem geschützten Raum keine

¹³⁶⁾ BVerfG E 7, 198 ff.

¹³⁷⁾ BVerfGE 4, 157 ff. (170), 6, 32 ff. (40 f.)
13, 97 ff. (122) vgl. auch 9, 39; 12, 113

¹³⁸⁾ BVerfG E 7, 377 ff. (409)

volle Gestaltungsfreiheit hat. Dann könne die Güterabwägung aber auch bei der Bestimmung des Wesensgehaltes vorgenommen werden, denn ein höherwertiges Rechtsgut verdiene immer Vorrang vor einem geringerwertigen Rechtsgut, also auch vor dessen Kernbereich. Das Gebot der Güterabwägung sei auf alle Fälle anzuwenden, in denen in ein Grundrecht eingegriffen werde und schließe die Antastung des Wesensgehaltes mit ein ¹³⁹⁾. Maunz vermengt hier m.E. Wesensgehalt und den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Daß das BVerfG mit der Güterabwägung die Forderung nach der Verhältnismäßigkeit jeden staatlichen Handelns als Schranke für die Eingriffsermächtigung des Gesetzgebers anwendet, dürfte unbestritten sein. Daraus kann jedoch noch nicht der Schluß gezogen werden, das BVerfG wolle diesen Grundsatz auch auf die Wesensgehaltsgarantie ausweiten. Selbst wenn man Art. 19 II GG aus dem Normbestand des Grundgesetzes hinweg dächte, bliebe das Gebot bestehen, daß jedes grundrechtseinschränkende Gesetz an die Verhältnismäßigkeit des Mittels gebunden ist. Die Verhältnismäßigkeit verkörpert also ein allgemeines Rechtsprinzip, das in seinem Bestehen oder Nichtbestehen von keiner speziellen Norm des positiven Verfassungsrechts abhängig ist ¹⁴⁰⁾.

139) Maunz MDH Art. 19 II GG Rdn. 16
ähnlich argumentiert v. Hippel, wenn er den allgemeinen Grundsatz, daß eine Grundrechtsnorm nur gilt, wenn dem geschützten Freiheitsinteresse kein höherwertiges Interesse entgegensteht, auch auf den Wesensgehalt anwendet, so daß gesetzliche Regelungen, die sich in dem oben genannten Rahmen halten, den Wesensgehalt nicht antasten, und zwar auch dann nicht, wenn sie im Einzelfall so weit gehen, daß von dem betroffenen Grundrecht nichts mehr übrig bleibt. -Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte S. 47

140) Jäckel: Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung S. 76

f. Die Ausnahmen von der absoluten Wesens-
gehaltsgarantie

Völlig überzeugende Lösungen über den Inhalt und Begriff des Wesensgehalts des Art. 19 II GG bietet keine der Theorien ¹⁴¹⁾.

Insbesondere wird auch die absolute Wesensgehalts-
sicht nicht immer durchgehalten.

(1) Die lebenslange Freiheitsstrafe

Die Auswirkung der Wesensgehaltsgarantie zeigt sich besonders bei der Todesstrafe und der lebenslangen Freiheitsstrafe. Hier verliert der Angeklagte sein Recht auf Leben oder Freiheit gänzlich. In diesem Falle ist der Kernbereich des Grundrechtes ganz unzweifelhaft betroffen. Das Recht wird total ausgeschlossen ¹⁴²⁾. Eine Verletzung der Wesensgehaltsgarantie kann hier nur dann nicht angenommen werden, wenn man davon ausgeht, daß die Garantie nur begrenzt ist. Todesstrafe und lebenslange Freiheitsstrafe gehören seit altersher zum Kernbestand strafrechtlicher Sanktionen. In der Literatur entspannt sich in letzter Zeit eine heftige Diskussion, vor allem um die psychischen und sozialen Folgen der lebenslangen Freiheitsstrafe. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit, insbesondere der Wesensgehaltsgarantie, wird oft nur nebensächlich gestreift. Diejenigen, die trotz der vorhandenen Problematik von einer Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Frei-

141) so wie hier: Grabitz: Freiheit und Verfassungsrecht S. 103 - 112

142) so wie hier: Klein: v.Mangoldt/Klein Art. 19 Anm. V 2 c ff.
dagegen wendet sich Schneider: Pressefreiheit und Staatssicherheit S. 130:
Man dürfe nicht Wesensgehalt und Resttheorie zwingend gleich setzen. Erfolge die Verurteilung aufgrund eines Gesetzes, welches die Höchststrafe zum Schutze eines bestimmten gefährdeten Gemeinwohlsgutes und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitssatzes und nach Maßgabe der strafprozessualen Vorschriften vorsehe, sei der Wesensgehalt nicht angetastet, weil der Freiheitsentzug unter der Beachtung der Garantieprinzipien erfolge, die den Garantiegehalt konstituieren.

heitsstrafe ausgehen, sehen hierin eine Durchbrechung des Grundsatzes des Art. 19 II GG¹⁴³⁾. Der Ausnahmefall wird gerechtfertigt mit dem Hinweis auf Art. 104 GG, der ja grundsätzlich eine Freiheitsentziehung zuläßt und eine zeitliche Begrenzung nicht vorsieht¹⁴⁴⁾. Ein weiteres Argument ist, daß die lebenslange Freiheitsstrafe eine Lücke schließt zwischen der Todesstrafe und der zeitlichen Freiheitsstrafe. Nachdem durch Art. 102 GG die Todesstrafe als härteste Strafe abgeschafft wurde, sei automatisch die lebenslange Freiheitsstrafe an deren Stelle gerückt. Der Parlamentarische Rat habe über die Abschaffung der Todesstrafe diskutiert und entschieden, ohne die lebenslange Freiheitsstrafe ausdrücklich auszuschließen oder überhaupt in Abrede zu stellen¹⁴⁵⁾. Als Umkehrschluß sei daraus zu folgern, daß die Verfassung die Freiheitsstrafe als legitime Einschränkung der Grundrechte institutionalisiert habe¹⁴⁶⁾. Teilweise wird auch das Strafrecht als vom Verfassungsrecht isolierte, in sich selbst gefügte selbständige Größe gesehen und die Ansicht vertreten, Strafrecht gehöre zum Wesensgehalt der Grundrechte selbst, weil zwischen Strafe und Freiheit ein innerer Zusammenhang bestehe¹⁴⁷⁾.

143) Dürig MDH Art. 104 Rdn. 4
Dürig AÖR 81, 154

144) Dürig MDH Art. 104 Rdn. 4
ihm folgend Dreher FS für Lange S. 323 ff. (328)
Schüssler - NJW 1965, 1898 - sieht die lebenslange Freiheitsstrafe ebenfalls als eine Durchbrechung des Art. 19 II GG an, hält diese aber aus der Schutzfunktion des Art. 1 I GG für gerechtfertigt. Im Ergebnis für eine Durchbrechung des Prinzips ist auch Stein - Staatsrecht S.229 - der die die Freiheitsstrafe zulassenden Bestimmungen des Grundgesetzes als lex specialis zu Art. 19 II GG ansieht.

145) Dürig MDH Art. 104 Rdn. 4
Dreher: FS für Lange S. 323 ff. (328)

146) so auch von Münch JZ 1958, 73

147) Häberle: Wesensgehaltsgarantie S. 25 ff. (26)
er nimmt Bezug auf Hamel, der zwischen "logischem Sinngehalt" und "sittlich - irrationalen Wesensgehalt" unterscheidet - DVBL 1958, 37 ff. (42) -

Insgesamt scheint für die Annahme einer Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe eher die Einsicht ausschlaggebend zu sein, daß man an dem Gesichtspunkt zwingender kriminalpolitischer Notwendigkeiten nicht vorbeikommt ¹⁴⁸⁾.

Überzeugend ist diese Argumentation aber nicht. Sie widerspricht einmal dem klaren Wortlaut der Bestimmung des Art. 19 II GG, wonach der Wesensgehalt in keinem Falle angetastet werden darf, zum anderen ihrer Stellung innerhalb des Systems des Grundgesetzes. Art. 19 II GG bildet eine allgemeine Schranke für Grundrechtseingriffe, die dann auch Geltung für alle Grundrechte haben muß ¹⁴⁹⁾. Wenn dieser allgemein geltende Grundsatz durchbrochen werden soll, muß dies vom Verfassungsgeber dann aber ausdrücklich ausgesprochen werden. Das "Schweigen" des Verfassungsgebers kann nicht im positiven Sinne als Zustimmung gewertet werden. Im übrigen ist zweifelhaft, ob Art. 104 II 1 GG wirklich die lebenslängliche Freiheitsstrafe mit umfassen will. Daß hier eine zeitliche Begrenzung nicht ausdrücklich genannt ist und nur von "Freiheitsentziehung" die Rede ist, läßt nicht unbedingt den Schluß zu, der Freiheitsentzug sei zeitlich unbegrenzt möglich. Andere Formulierungen (Fortdauer) sprechen eher für eine zeitlich begrenzte Freiheitsentziehung. Weiterhin muß berücksichtigt werden, daß Hauptmotiv für die Schaffung des Art. 104 GG war, sich eindeutig von den Methoden zeitlich un-

148) so ausdrücklich zugestanden von Müller-Dietz: Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe S. 49

149) A. Hamann spricht davon, daß Art. 19 II GG zusammen mit Art. 1 III, 19 I u. IV GG den allgemeinen Teil der Grundrechtsordnung darstellt und den Inbegriff aller positivierten Grundrechtsgarantien beinhaltet.
- Hamann: Grundgesetz u. Strafgesetzgebung S. 43 -

begrenzter Einlieferung in Konzentrationslager abzusetzen.¹⁵⁰⁾ Gegen eine solch weite Auslegung von Art. 104 GG als Dispens von Art. 19 II GG spricht auch noch folgendes: Als allgemeine Ausnahmeregel würde dieser Dispens nicht nur für die lebenslange Freiheitsstrafe gelten, sondern auch für andere lebenslange Inhaftierungen aus administrativen Erwägungen, und das läßt sich aus Art. 104 GG auch bei großzügigster Auslegung nicht mehr herauslesen. Das argumentum contrarium aus der Abschaffung der Todesstrafe und das Schweigen des Parlamentarischen Rates zur lebenslangen Freiheitsstrafe geben auch kein positives Argument für die Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe. Der Parlamentarische Rat hat nur die Abschaffung der Todesstrafe erörtert. Die lebenslange Freiheitsstrafe wurde nicht diskutiert. Dieses "Schweigen" des Parlamentarischen Rates spricht weder für noch gegen die Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe.¹⁵¹⁾ Häberles Versuch, das Strafrecht überhaupt dem Verfassungsrecht zu entziehen, begegnet ebenfalls erheblichen Einwendungen. Röhl sieht darin sogar einen klaren Verstoß gegen Art. 123 GG. Wenn strafrechtliche Normen nicht mehr auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden könnten, wäre entgegen Art. 123 GG die Gefahr gegeben, daß verfassungswidrige vorkonstitutionelle Strafrechtsnormen weitergelten.¹⁵²⁾ Häberles Ansicht führt zu einer Relativierung grundrechtlicher Garantien. Der Strafgesetzgeber würde bestimmen, wieweit "der rechte Gebrauch der Freiheit" gehen darf. Das bedeutet aber nichts anderes, als die Grundrechte unter einen generellen Vorbehalt des Strafgesetzgebers zu stellen.¹⁵³⁾

150) Hamann: Grundgesetz und Strafgesetzgebung S. 43

151) auch Röhl hält diese Argumentation nicht für stichhaltig.
- Röhl: über die lebenslange Freiheitsstrafe S. 174 -

152) Röhl: über die lebenslange Freiheitsstrafe S. 174 ff.

153) Hamann: Grundgesetz und Strafgesetzgebung S. 44
im Ergebnis auch Volker Frielinghaus;
Recht und Politik S. 16 ff. (17)

In der Rechtsprechung wurde dieses Problem dagegen bis zur Vorlage des LG Verden überhaupt nicht behandelt. Die Strafgerichte hatten die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe ohne nähere Erörterung angenommen ¹⁵⁴⁾.

Obwohl das LG Verden in seiner Vorlage ausdrücklich auch die Verletzung der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG rügt, nimmt das BVerfG in seinem Urteil vom 21. Juni 1977 immer noch keine klare Position ein. Es stellt ausdrücklich fest, daß die lebenslange Freiheitsstrafe die endgültige Ausschließung des Straftäters aus der Gesellschaft freier Bürger bedeutet. Es betont auch das Gewicht und die Bedeutung dieser verfassungsrechtlichen Frage ¹⁵⁵⁾. Es weist auch auf die Unverfügbarkeit der Würde des Menschen hin ¹⁵⁶⁾. Nach all dem hätte es konsequenter Weise zur Verfassungswidrigkeit der lebenslänglichen Freiheitsstrafe kommen müssen. Es geht jedoch auf die Wesensgehaltsgarantie nicht ein, sondern befaßt sich mit den Einschränkungen für die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit, die sich aus dem Grundsatz der Menschenwürde, dem Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Gebot der Rechts- und Sozialstaatlichkeit ergeben. Der Hinweis, daß das Rechtsgut der persönlichen Freiheit so wichtig ist, daß es nur aus besonders wichtigem Grund eingeschränkt werden darf, leitet dann die Prüfung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein ¹⁵⁷⁾. Der Grund dafür, daß das BVerfG nicht auf Art. 19 II GG eingeht, könnte eventuell darin liegen, daß in der Praxis

154) in seinem Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe auf die Vorlage des LG Verden, nimmt das BVerfG aufgrund der Materialien zum Grundgesetz als feststehend an, das auch der Parlamentarische Rat von der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe ausging.

- BVerfG EuGRZ 1977, S. 267 ff. (278)

155) BVerfG EuGRZ 1977, S. 277

156) BVerfG EuGRZ 1977, S. 278

157) BVerfG EuGRZ 1977, S. 277

Das Urteil EuGRZ 1977, S. 267 ff. wurde noch einmal bestätigt in BVerfGE 64, 261 ff.

aufgrund der Handhabung von Gnadengesuchen eine lebenslange Freiheitsstrafe oft nicht lebenslänglich, sondern zeitlich ist, so daß ein endgültiger Freiheitsentzug i.d.R. nicht gegeben ist. Hierfür spräche die Argumentation des BVerfG, daß es mit dem Grundsatz der Menschenwürde nicht vereinbar sei, wenn der Staat für sich in Anspruch nähme, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu berauben, ohne daß zumindest die Chance besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig werden zu können. Dann ist auch die Forderung nach der "Vergesetzlichung" der Gnadenpraxis nur ein konsequenter Anschluß. Dabei übersieht das BVerfG m.E. jedoch, daß man nicht von der Handhabung in der Praxis auf die generelle Vereinbarkeit einer Norm mit der Verfassung schließen darf.

(2) Die Enteignung

Im Bereich des Eigentums stellt sich die Frage nach der Wesensgehaltsgarantie insbesondere im Rahmen der Enteignung. Sieht man im Wesensgehalt des Eigentums nur die Garantie des Rechtsinstitutes Eigentum¹⁵⁸⁾, wird das individuelle Eigentumsrecht sehr wohl der Regelung durch den Gesetzgeber geöffnet. Die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers kann dann sogar soweit gehen, daß das Eigentum eines einzelnen gänzlich vernichtet werden kann (Eigentumsentzug durch Enteignung), solange es nur grundsätzlich überhaupt noch Privateigentum gibt. Es stellt sich für den Einzelfall dann nur noch die Frage der Verhältnismäßigkeit¹⁵⁹⁾. Daß Art. 14 GG aber sowohl das Rechtsinstitut Eigentum als auch das Individual-

158) v. Mangoldt/Klein Art. 14 S. 433
Kroll ist der Ansicht, das Eigentum als Individualrecht sei überhaupt nicht als solches unantastbar geschützt
- Kroll AÖR 79, 455 ff. (487)

159) so anscheinend auch: Schneider: Pressefreiheit und Staatssicherheit S. 130 f.
Entscheidend sei, daß die Expropriation unter Wahrung der formellen und materiellen Garantieprinzipien vollzogen werde.

recht schützt, ist aber inzwischen wohl unbestritten¹⁶⁰⁾. Wenn also Institutsgarantie und Individualgarantie untrennbar zusammenhängen,¹⁶¹⁾ kann es aber für das Eigentum in seiner Doppelfunktion nicht zwei verschiedene Wesensgehalte geben¹⁶²⁾.

Der BGH hat in Übernahme der Rechtsprechung des RG die Enteignung bereits dann angenommen, wenn hoheitliche Maßnahmen über eine zulässige Sozialbindung hinausgehen und für den betroffenen Eigentümer ein "Sonderopfer" darstellen¹⁶³⁾. Im Bereich des Grundeigentums wurde als maßgebend erachtet die Situationsgebundenheit des Grundstücks, wonach die Nutzungen nicht mehr entschädigungspflichtig sind, "die auch der vernünftige und einsichtige Eigentümer von sich aus mit Rücksicht auf die gegebene besondere Situation nicht ins Auge fassen würde"¹⁶⁴⁾. Die Ansicht des BGH stellt also auch die Individualgarantie unter den Schutz des Wesensgehaltes. Zwar ist individuell das Eigentum der Sozialbindung unterworfen, was aber über die Sozialpflichtigkeit hinausgeht, berührt den Kernbereich des Rechtes und ist als Enteignung entschädigungspflichtig.

Das BVerfG hat die Institutsgewährleistung allgemein anerkannt. Der Gesetzgeber darf nicht an Stelle des Privateigentums etwas anderes setzen, das nicht mehr als Eigentum bezeichnet werden kann¹⁶⁵⁾.

160) Maunz: MDH Art. 14 Rdn. 3 u. 4
v. Mangoldt/Klein Art. 14 Anm. II.6 S. 416
Hesse: Grundzüge S. 180

161) Kimminich BK Art. 14 Rdn. 31

162) Maunz sieht in der Individualgarantie den Wesensgehalt allerdings nicht in seiner realen Substanz, sondern als Wertgarantie bzw. als Bestandsgarantie, die durch die Enteignungsmöglichkeit beschränkt wird.

163) Grundsatzentscheidung ist hier das Urteil des großen Senats vom 10.6.52 - BGHZ 6, 270 ff.

164) BGHZ 23, 30

165) BVerfG E 24, 367 (389) - Hamburger Deichurteil -

Er hat bei der Wahrnehmung des ihm erteilten Auftrages Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, die grundgesetzliche Anerkennung des Privateigentums zu beachten¹⁶⁶⁾. Der verfassungsrechtliche Gehalt der Institutsgewährleistung liegt in der Abwägung zwischen der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums und dem Sozialgebot des Art. 14 II GG¹⁶⁷⁾. Der Inhalt des geschützten Rechtsgutes wird nicht näher umschrieben¹⁶⁸⁾. Während der BGH und ihm folgend ein großer Teil der Literatur die Enteignung negativ bestimmt durch eine Abgrenzung zur Sozialbindung des Eigentums, sieht das BVerfG die Enteignung als eigenes Rechtsinstitut an. Die Bestimmung von Schranken und Inhalt des Eigentums ist nicht ein mehr oder weniger zur Enteignung, sondern ein aliud.¹⁶⁹⁾ Enteignung ist demnach ein Entzug einer durch Art. 14 I 1 GG gewährleisteten Rechtsposition, und nicht zu verwechseln mit einer gesetzlichen Umgestaltung oder Aufhebung erworbener Rechte¹⁷⁰⁾. Wird eine im übrigen fortbestehende subjektive Rechtsposition entzogen, ist entscheidender Faktor für eine Enteignung der hoheitlich be-

166) BVerfGE 37, 132 ff. (140); 52, 1 ff. (29)
vgl. auch BVerfG NJW 1982, 745 ff. (750)

167) das BVerfG spricht auch von einem gerechten Ausgleich zwischen schutzwürdigen Interessen der Beteiligten, die in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen seien
- BVerfG JZ 1981, 828 -

168) entsprechend uneinheitlich ist auch das Maß der verfassungsgerichtlichen Überprüfung.
Im Mitbestimmungsurteil wurde dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zuerkannt
- BVerfGE 50, 290 ff. (331 ff.) -
im Kleingärtnerbeschluß nahm das BVerfG eine volle inhaltliche Nachprüfung vor.
- BVerfG NJW 1980, 985 ff. -
ebenso im Nassaukieselungsbeschluß
- BVerfG NJW 1982, 745 ff. -
übereinstimmend wird aber verlangt, daß die Enteignung einem besonderen im öffentlichen Nutzen liegenden Zweck diene.
vgl. BVerfGE 24, 367 ff. (403 ff.); 38, 175 ff. (180); 66, 248 ff. (257)

169) so auch Rittstieg NJW 1982, S. 721 ff. (723)
vgl. auch Hamel DVBL 1958, S. 41

170) vgl. BGH NJW 1982, 745 ff. D

wirkte Wechsel des Rechtssubjektes. Der Gegenstand des übergegangenen Rechtes wird einer höherwertigen Nutzung zur Verfügung gestellt ¹⁷¹⁾. Die Schwere und Tragweite des Eingriffs ist dann für die Annahme einer entschädigungspflichtigen Enteignung nicht entscheidend. Im Bereich der Individualgarantie wird also die Enteignung als selbstständiges Rechtsinstitut unter den Voraussetzungen des Art. 14 III GG gebilligt, auch wenn sie den gänzlichen Entzug einer Rechtsposition zur Folge hat und somit den Kernbereich des Individualrechts berührt. Rechtfertigung hierfür ist die verfassungsrechtlich vorgesehene Entschädigungspflicht ¹⁷²⁾.

(3) Der absolute numerus clausus

Fragen nach dem Wesensgehalt des Grundrechtes tauchen auch im Rahmen der Berufswahl auf. Hier sind es die objektiven Zulassungsbedingungen, die im Einzelfall die Aufnahme eines Berufes gänzlich unmöglich machen können. Besonders prekär ist hier die Problematik des absoluten numerus clausus ¹⁷³⁾. Vor dem numerus-clausus-Urteil des BVerfG hat vor allem das VG Frankfurt den absoluten numerus clausus als Beeinträchtigung des Wesensgehaltes des Grundrechtes der Berufsfreiheit angesehen. Es ließ die mangelnde Ausbildungskapazität so lange nicht als Einschränkung gerechtfertigt gelten, als weniger als die Hälfte der Studienbewerber ange-

171) BVerfGE 38, 175 ff. (179 f.)

172) Hesse sieht die Enteignung deshalb nicht als Eingriff in den Wesensgehalt an, weil die Eigentümerposition durch die Entschädigung dem Werte nach erhalten bleibt.
- Hesse: Grundzüge S. 187 -

173) In der Literatur betont vor allem Hamel
- DVBL 1958, 37 ff. -
den übergesetzlichen Rang der Berufsfreiheit. Das Grundrecht würde bedeutungslos, wenn man es der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers überließe. Damit wendet er sich vor allem gegen Ipsen
- DVBL 1956, 359 ff. -
und Scheuner: Rechtsgutachten "Handwerksordnung und Berufsfreiheit", die die Berufsfreiheit von vornherein unter immanente Schranken stellen.

nommen wurden. Es ergäbe sich aus Art. 12 I 1 GG ein Anspruch auf Schaffung der erforderlichen Studienplätze. Sei die Kapazität erschöpft, müßten neue Plätze geschaffen werden ¹⁷⁴⁾. Andere Gerichte sahen das Recht der Berufsfreiheit von vornherein unter der Einschränkung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten. Lasse die Kapazität eine Aufnahme aller Bewerber nicht zu, verwandele sich das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte in ein Recht auf willkürfreie Auswahl unter den vorhandenen Bewerbern ¹⁷⁵⁾. Die Aufnahmekapazität sei eine rein tatsächliche Grenze und keine rechtliche Einschränkung des Grundrechtes ¹⁷⁶⁾. Die Vereinbarkeit des absoluten numerus clausus mit dem Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte wird insgesamt damit begründet, daß dieses Recht eben nicht schrankenlos sei. Teilweise beruft man sich auf die Grundsätze des Apothekenurteils und nimmt die Einschränkung als zulässig an, wenn es für den Bestand eines überragend

-
- 174) VG Frankfurt vom 10.4.69 - II/IG 37/69 -
- und II/IG 38/69 -
- und DVBL 1969, 940/941
(zitiert bei Schmitt DVBL 1971, 386 Fn. 39a)
auch das VG Berlin findet diesen Zustand unbefriedigend, ohne jedoch den numerus clausus für verfassungswidrig zu erklären.
- VG Berlin DVBL 1971, 150 ff. (151) -
demgegenüber vertreten der VGH Mannheim
- vom 25.6.1969 IV 422/69 -
und das VG Hamburg
- vom 26.6.1970 II VG 600/70 -
die Ansicht, auch bei einem Mißverhältnis zwischen Zahl der Bewerber und Zahl der Studienplätze sei ein Verstoß nicht gegeben. Die Zahl der zuzulassenden Bewerber könne nur an den vorhandenen Ausbildungsmöglichkeiten, nicht jedoch an der Zahl der Bewerber gemessen werden.
(zitiert bei Schmitt: DVBL 1971, 386 Fn.42 u. 43)
- 175) OVG Koblenz: DVBL 1970, 324 ff. (325)
OVG Mannheim vom 25.6.1969 - IV 422/69 -
VG Stuttgart vom 1.12.1969 - VRS I 154/69 -
(zitiert bei Schmitt DVBL 1971, 384 Fn. 20)
- 176) VGH Kassel: DVBL 1970, 739 ff.
OVG Lüneburg: DVBL 1970, 930 ff.

wichtigen Gemeinschaftsgutes notwendig ist 177). Gallwas begründet die Zulässigkeit der Zulassungsbeschränkung damit, daß derjenige, der sich auf sein absolutes Zulassungsrecht beruft, in das gleiche Recht eines Rechtsgenossen eingreife, und somit besser gestellt werde als dieser und sein Recht mißbrauche 178). Teilweise werden die immanenten Schranken der Grundrechte (hier: Bestand für die Gemeinschaft wichtiger Rechtsgüter) herangezogen. Die Funktionsfähigkeit der Hochschulen sei gefährdet durch eine unbegrenzte Zulassung. Eine ordnungsgemäße Ausbildung sei nicht mehr gewährleistet. Es könne nicht mehr wenigstens einer begrenzten Anzahl von Studenten, sondern niemandem eine sachgerechte Ausbildung geboten werden 179). Das BVerfG hat in seinem numerus-clausus-Urteil zunächst das Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden Studienbewerbers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl betont und fordert aus diesem Grundsatz heraus für jeden Bewerber die gleiche Chance auf Zulassung 180). Die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen sind also für das BVerfG bereits als immanente Grenze des Zulassungsrechts konzipiert, die von vornherein mitgedacht sind 181). Das grundsätzlich zugestandene Zulassungsrecht wird

-
- 177) OVG Koblenz DVBL 1970, 324 ff. (326)
VGH München Bayr-VBL 1968, 408
VG Karlsruhe v. 17.4.1969 - III 236/69 - (zitiert bei Schmitt DVBL 1971, 384 Fn. 25)
vgl. auch OVG Hamburg VerwRSpr. 15, 286
VGH München BayrVBL 1969, 359
BVerwG JZ 1963, 675
- 178) Mißbrauch der Grundrechte S. 59
- 179) VGH Kassel DVBL 1970, 739 ff. (740)
VG Hamburg v. 12.1.1971 - II 681/70 -
(zitiert bei Schmitt DVBL 1971 S. 384 Rdn. 27)
vgl. auch OVG Lüneburg DVBL 1970, 930 ff. (931)
OVG Koblenz DVBL 1970, 324 ff. (326)
Der VGH Mannheim sieht sogar die Kapazität selbst als immanente Grenze an.
- VGH Mannheim DVBL 1969, 931 ff. (932 f.)
- 180) BVerfG EuGRZ 1977 S. 66 ff. (72)
vgl. auch BVerfGE 62, 117 ff.
- 181) das wird auch von Häberle - DÖV 1972, 729 ff. (730) besonders bemerkt.

aber schrittweise praktisch immer mehr verkürzt, indem es unter den Vorbehalt des Möglichen gestellt wird, was der einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann¹⁸²⁾. Der allgemeine Begriff des "Möglichen" wird näher erläutert durch Hinweise auf das Gemeinwohl, den Kompetenzgedanken und auf die konkreten Normen der Art. 109 II, 91a GG¹⁸³⁾. Das BVerfG gibt auch Direktiven für das Notwendige. Die zuständigen Organe hätten sich an erkennbaren Tendenzen der Nachfrage nach Studienplätzen zu orientieren. Eine ausschließliche Orientierung an den Bedarfs-ermittlungen könne ansonsten auf eine unzulässige Berufslenkung hinauslaufen. Das Prinzip freier Selbstbestimmung dürfe nicht verkürzt werden. Zunächst muß also die individuelle Nachfrage und der gesamtgesellschaftliche Bedarf durch eine Studienberatung (freiwillige Maßnahmen) in Einklang gebracht werden. Erst wenn das nicht gelingt, darf sich der Gesetzgeber auch am vordringlichen Kräftebedarf für die verschiedenen Berufe orientieren¹⁸⁴⁾. Als formell-rechtliche Voraussetzung einer Einschränkung des Zulassungsanspruchs fordert das BVerfG eine gesetzliche Grundlage, weil sich das aus dem Regelungsvorbehalt des Art. 12 I 2 GG ergebe¹⁸⁵⁾. Materiell - rechtlich setzt es den absoluten numerus clausus objektiven Zulassungsvoraussetzungen gleich. Durch die strengen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des numerus clausus

182) BVerfG EuGRZ 1977 S. 72

183) Die Bereitstellung ausreichender Kapazitäten wird eindeutig als Gemeinwohlaufgabe gekennzeichnet.

184) das wird deutlich, wenn das BVerfG davon spricht, ein unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit sei nicht vereinbar mit dem Sozialstaatsprinzip.

185) Die gesetzliche Grundlage ist deshalb erforderlich, weil die Beteiligung an staatlichen Leistungen die notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten darstellt. Damit stellt das BVerfG klar, daß das Gesetz sowohl grundrechtssichernde als auch grundrechtsverwirklichende Funktion hat.

soll eine bessere Organisation des Zuganges zu den Hochschulen gewährleistet werden. Das Leistungsrecht wird materiell und formell rationalisiert. Indem man den Mangel verwaltet, wird er zwar nicht behoben, aber erträglicher gemacht. Das BVerfG will aber nicht den status quo beibehalten und das Recht auf Zulassung zum bloßen Recht auf Teilhabe am Vorhandenen degradieren. Es drängt auf Veränderung und Verbesserung der Auswahlkriterien und gibt den klaren Auftrag zur Ausschöpfung vorhandener und Schaffung neuer Kapazitäten, wenn dies auch nicht als subjektiver Anspruch postuliert wird. Dies wird deutlich, wenn das BVerfG erklärt, der numerus clausus habe krasse Ungleichheiten zur Folge, weil der eine Bewerber alles und der andere lange Zeit oder sogar auf Dauer nichts erhält. Dadurch drohe der verfassungsrechtlich geschützte Zulassungsanspruch weitgehend leerzulaufen. Insoweit bewege sich der absolute numerus clausus am Rande des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren¹⁸⁶⁾. Dadurch bleibt das Gericht offen, falls Bund oder Länder bei der geforderten Grundrechtseffektivierung versagen, so daß dann der absolute numerus clausus nicht mehr am Rande, sondern jenseits des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren ist¹⁸⁷⁾. Insgesamt sieht das BVerfG in einem absoluten numerus clausus eine durchaus gravierende Einschränkung des Rechts auf die freie Wahl der Ausbildungsstätte, die am Rande des verfassungsmäßig Hinnehmbaren ist. Es nimmt sie aber hin, um noch größere Gefahren für die Gemeinschaft zu vermeiden. Durch strenge Direktiven versucht es, das

186) BVerfG EuGRZ 1977 S. 73
vgl. auch BVerfGE 62, 117 ff.

187) Häberle DÖV 1972, 734 führt als Beispiel hierfür an einen durch den numerus clausus bedingten Ärztemangel, der dann die Volksgesundheit gefährdet.

Leistungsrecht zu organisieren, um so den Grundrechtsschutz zu effektivieren¹⁸⁸⁾.

g. Die institutionelle Auffassung vom Wesensgehalt

Die Ausnahmen der lebenslangen Freiheitsstrafe, der Enteignung und des numerus clausus zeigen, daß eine absolute - subjektiv ausgerichtete - Sicht der Wesensgehaltssperre in ihren Folgerungen im Alltag des staatlichen Lebens nicht immer durchgehalten werden kann. Eigentlich müßte, wenn man die strengen Maßstäbe einer individualistischen Auffassung der Wesensgehaltssperre anwendet, in allen drei Fällen eine Beeinträchtigung des Wesensgehaltes angenommen werden. Daß dieser Schritt von der Mehrheit der Rechtsprechung und Literatur nicht vollzogen wird, wird vor allem mit den Klauseln vordringlicher Allgemeininteressen begründet¹⁸⁹⁾. Teilweise versucht man, den sich ergebenden Widerspruch dadurch zu lösen, daß man der Wesensgehaltsgarantie nicht subjektiven, sondern institutionellen Charakter beimißt. Als absolut geschützter Wesensgehalt wird der im jeweiligen Freiheitsrecht enthaltene institutionelle Gehalt aufgefaßt¹⁹⁰⁾. Dadurch wird einerseits eine "äußerste Unwertzone" freigehalten von Beeinträchtigungen, andererseits wird dem Gesetzgeber noch genügend Bewegungsfreiheit zugestanden¹⁹¹⁾. Dabei geht man nicht so weit, die

188) Häberle - DOV 1972, S. 729 ff. - begrenzt die Entscheidung unter der Sicht des Teilhaberrechtes. Die faktischen Barrieren zum Grundrechtsgebrauch müßten realistisch abgebaut werden - im Rahmen der sozialen Opfergrenze -. Der Leistungsstaat schaffe die tatsächlichen Voraussetzungen dafür, daß alle von der grundrechtlichen Freiheit realen Gebrauch machen können. Er kann und darf aber nicht Grundrechtsausübung ersetzen. Er kann selbst nur die Grundrechtsmöglichkeiten, nicht schon unmittelbare Grundrechtswirklichkeit schaffen.

189) Lerche - Übermaß S. 237/238 Fn. 324 - siehe in dieser Argumentation die letzte Rettungsmöglichkeit.

190) Lerche - Übermaß S. 239

191) Lerche - Übermaß S. 239

Freiheit als solche zur Einrichtung zu erheben ¹⁹²⁾, sondern ihre staatliche Anerkennung und Gestaltung, die dann seinerseits verfassungsrechtlich garantiert wird. Gegenstand des Art. 19 II GG ist dann das Kernstück der "unterverfassungsgesetzlichen Normenkomplexe", die den einzelnen freiheitlichen Grundrechten zugrunde liegen ¹⁹³⁾. Allerdings wird hierdurch, wenn auch im begrenzten Maße, ein Abwägungsfaktor in den Wesensgehalt hineingetragen. Je stärker sich das gesetzgeberische Vorhaben der Antastung dieser institutionellen Sperre nähert, desto gefährdeter ist seine Verhältnismäßigkeit. Bei Erreichung der Sperre schlägt es ins "schlechthin unverhältnismäßige" um ¹⁹⁴⁾. Die praktische Verwertbarkeit einer solchen institutionellen Auffassung liegt in folgenden Punkten: Sie entspricht dem Gebot aussagestarker Verfassungenauslegung. Art 19 II GG braucht nicht nur als deklaratorische Formel angesehen zu werden, die eigentlich überflüssig ist ¹⁹⁵⁾. Es entstehen keine Reibungsflächen mehr zwischen Art. 19 II GG und dem Verwirkungstatbestand des Art. 18 GG ¹⁹⁶⁾.

192) Das versucht Klein M/KI Art. 19 V 2 und Vorbem. A VI vor 1 vor Art. 1 mit seiner objektiven Betrachtungsweise. Diese Betrachtungsweise geht jedoch insoweit zu weit, als sie dem Gesetzgeber zu viel Bewegungsspielraum gibt und zu einer doppelten Schwierigkeit führt, aus dem Wesensgehalt einen Wesenskern bestimmen zu müssen.

193) Lerche: Übermaß S. 240

194) Lerche: Übermaß S. 243
sieht das Problem gerade in den Annäherungsfällen, nicht so sehr in dem extremen Endpunkt. Den Rechtfertigungsgehalt dieser Annäherungspunkte sieht er dann in der unmittelbaren Vollziehung des aus Art. 1. GG fließenden Verfassungsauftrages.

195) so aber Häberle - Wesensgehaltsgarantie S. 234 ff, der in Art. 19 II GG nur eine Wiederholung allgemeiner Prinzipien sieht, die bereits in der Verfassung zum Ausdruck gelangt sind. Auch er begrüßt diese "Zusammenfassung" allerdings, weil sie zur Rechtssicherheit beiträgt.

196) eine subjektive Wesensgehaltsgarantie ließe sich nicht vereinbaren mit der Verwirkungsmöglichkeit, die auch nur bezogen ist auf den einzelnen Grundrechtsträger.

Es werden nun auch die Fälle gelöst, welche eigentlich von einer absoluten subjektiven Sicht der Wesensgehaltsgarantie aus als Ausnahmen deklariert werden müßten wie die lebenslange Freiheitsstrafe, die Enteignung und der *numerus clausus*, um dann doch im Endeffekt zu einer Güterabwägung zu kommen¹⁹⁷⁾. In der Frage der Enteignung kommt man zu einem akzeptablen Ergebnis, wenn man in Art. 14 III GG eine engere Institutsgarantie sieht, als in Art. 14 I 1 GG. Daß Sozialbindung des Eigentums und Enteignung sich nicht decken, wurde schon vorne festgestellt. Eine engere Auslegung der Institutsgarantie des Art. 14 III GG führt dazu, daß sie dann auch solche typischen Grundlagen des jeweiligen Eigentumsstatus erfaßt, die nicht oder noch nicht zum Eigentumsinstitut des Art. 14 I 1 GG gehören. Mit der Akzeptierung dieser absolut institutionellen Sicht Lerches von der Wesensgehaltsgarantie soll nun keinesfalls etwa die relative Theorie des BGH, die vorne ja abgelehnt wurde, anerkannt werden. Wichtig ist an Lerches Auffassung, daß auch er von seinem absoluten Kernbereich ausgeht, der einer gesetzlichen Einschränkung entzogen ist. Indem er diesen Kernbereich aber nicht subjektiv, sondern institutionell begreift, gibt er für die problematischen Fälle der lebenslangen Freiheitsstrafe, der Enteignung und des *numerus clausus* akzeptable Lösungsmöglichkeiten, ohne Ausnahmen von der absoluten Wesensgehaltssicht konstruieren zu müssen¹⁹⁸⁾. Damit wird die Starrheit des Wesensgehaltsbegriffes aus absoluter Sicht aufgelockert und für Fälle äußerster Notwendigkeit geöffnet, ohne daß die Bewegungsfreiheit des Gesetzgebers so sehr erweitert

197) nach Lerche - Übermaß S. 247 - kann es im Einzelfall den Bestandteil einer institutionellen Garantie bilden, daß Eingriffe von gewisser Intensität in das geschützte Recht nur unter Beschränkung auf ein zeitlich Absehbares und sachlich Unerläßliches zulässig sind.

198) so wie hier auch: Gallwas: Faktische Beeinträchtigung der Grundrechte S. 83

wird, daß die Gefahr des Leerlaufens des Grundrechtes besteht 199).

IV. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Übermaßverbot

Während die Wesensgehaltsgarantie nur den "letzten substantiellen Rest" des Grundrechtes schützt, stellt die Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Schranke für den Gesetzgeber dar, die bereits zu einem früheren Zeitpunkt einsetzt und über den Schutz des grundrechtlichen Kernbereichs hinausgeht. Gesetzgeberisches Handeln wird gemessen an der Relation zwischen Zweck und gewähltem Mittel. Das Mittel ist dem Zweck anzupassen und darf zu ihm nicht außer Verhältnis stehen.

1. Die Faktoren der Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeit gliedert sich in einzelnen in die Grundsätze der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

a. Die Geeignetheit des Mittels

Geeignet ist ein Mittel dann, wenn durch die Maßnahme der gewünschte Erfolg gefördert werden kann 200). Dabei reicht auch ein teilweiser Erfolg aus 201). Die Geeignetheit ist grundsätzlich aus der Sicht des Gesetzgebers zu beurteilen. Grundsätzlich ist auf die Prognose zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes abzustellen. Wenn sich aber später herausstellen

199) Häberle (Wesensgehaltsgarantie S. 236 ff.) stimmt der institutionellen Sicht des Wesensgehalts schon aus dem Grunde zu, weil er die Grundrechte grundsätzlich streng institutionell sieht.

200) BVerfGE 30, 292/316; 33, 131/181

201) BVerfGE 16, 147/183

vgl. auch Gentz NJW 1968, 1600 ff.

sollte, daß das Gesetz den angestrebten Zweck doch nicht verwirklichen kann, ist die fehlende Geeignetheit ebenfalls zu beachten. Über die subjektive Sicht des Gesetzgebers hinaus muß das Gesetz auch objektiv den angestrebten Zweck verwirklichen können ²⁰²⁾.

b. Die Erforderlichkeit des Mittels

Die Erforderlichkeit verlangt, das Mittel auszuwählen, das andere Rechtsträger am wenigsten beeinträchtigen. Auszuwählen ist das mildeste Mittel zwischen gleich wirksamen Mitteln ²⁰³⁾. Auch hier ist zum einen zu beachten, daß das gewählte Mittel aus der Sicht des Gesetzgebers unter den möglichen Mitteln das mildeste ist, zum anderen ist die Erforderlichkeit auch dann nicht gegeben, wenn sich nachträglich herausstellt, daß das gewählte Mittel im Vergleich zu anderen Mitteln eine zu starke Einschränkung darstellt ²⁰⁴⁾.

c. Die Proportionalität zwischen Mittel und Zweck

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne oder Proportionalität erfordert, daß Mittel und Zweck nicht außer Verhältnis stehen. Zweck und Mittel müssen in ihrer Bedeutung gegeneinander abgewogen werden. Das Bundesverfassungsgericht verlangt bei dieser Abwägung nicht positiv ein angemessenes Verhältnis zwischen Mittel und Zweck, sondern stellt nur negativ fest, ob kein unangemessenes Verhältnis besteht ²⁰⁵⁾.

202) Bleckmann: Allgemeine Grundrechtslehren S. 260 f.

203) Grabitz: AÖR 98, 573
vgl. auch Gentz NJW 1968, 1603
Herzog MDH Art. 20 Randn. 115

204) Bleckmann: Allgemeine Grundrechtslehren S. 261

205) Bleckmann: Allgemeine Grundrechtslehren S. 262

d. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts
von der Verhältnismäßigkeit

Entscheidendes Merkmal der Verhältnismäßigkeit ist die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen²⁰⁶⁾. Ein erster Anhaltspunkt bei dieser Güterabwägung ist, inwieweit den jeweiligen Interessen bereits in der Verfassung ein bestimmter Rang zugesprochen werden kann. Dabei ist eine Interessenanalyse nach allgemeinen Gesichtspunkten anzustellen²⁰⁷⁾. Allerdings heißt das noch nicht, daß nach einer starren Rangfolge ein bestimmtes Rechtsgut immer gegenüber einem anderen bestimmten Rechtsgut überwiegt. Die Entscheidung ist jeweils im Einzelfall zu treffen²⁰⁸⁾.

Das Bundesverfassungsgericht hat ein umfassendes Verständnis von der Verhältnismäßigkeit, bei der es die Prüfung der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Proportionalität mit einschließt²⁰⁹⁾. Ein großer Teil der Literatur beschränkt sich auf die Proportionalität²¹⁰⁾. Das BVerfG beschränkt sich bei der Überprüfung der Proportionalität innerhalb der von ihm vorgenommenen Abwägung nicht nur auf die Frage des "entweder-oder". Es versucht, die betroffenen Verfassungsrechtsgüter einander am optimalsten zuzuordnen, indem es möglichst weitgehende objektive Anhaltspunkte wie den Tauglichkeitsgrad des Mittels, die Wichtigkeit des Zwecks und die Schwere der Beeinträchtigung heranzieht²¹¹⁾. Eine nur geringe Belastung führt im allgemeinen zur Bejahung der Proportionalität. So hat das BVerfG es im Steuerbevollmächtigtenbeschluß nicht als

206) Bleckmann EUGRZ 1981, 273

207) siehe den Überblick bei Gallwas: Mißbrauch der Grundrechte S. 61 - 116

208) im Ergebnis wie hier: Schneider: Pressefreiheit und Staatssicherheit S. 120 ff.

209) vgl. BVerfGE 17; 108 ff; 20, 45 ff; 20, 144 ff.

210) Lerche: Übermaß S. 19 f.
Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit sind für ihn zwei verschiedene Erfordernisse

211) vgl. BVerfGE 21, 157

unzumutbare Härte angesehen, neben dem Beruf des Steuerbevollmächtigten keine gewerbliche Tätigkeit auszuüben, weil dies die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Steuerberaters gefährdet ²¹²⁾. Im Zahnarztbeschuß wurde die Unterscheidung zwischen Zahnärzten und Dentisten für zulässig erachtet, weil den Dentisten die Möglichkeit belassen wurde, auf verhältnismäßig einfache Weise die Bestallung zum Zahnarzt zu erhalten. Wer die Möglichkeit nicht nutzen wollte, konnte staatlich anerkannter Dentist unter Wahrung seiner bisherigen Rechte bleiben ²¹³⁾. Im Beschuß zum Fernverkehr wurde die Beschränkung des Fernverkehrs hingenommen, weil sie zeitlich beschränkt war und durch Ausnahmegenehmigungen gemildert wurde ²¹⁴⁾. Auch das Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Gemeinschaftsinteresses rechtfertigt die Proportionalität. Im Zahnarztbeschuß ist es die Volksgesundheit ²¹⁵⁾, beim Fernverkehr ist es die Sicherheit und Ordnung auf den Bundesstraßen ²¹⁶⁾. Die verfassungsmäßige Ordnung rechtfertigt auch die Anwendung des Strafrechts zur Durchsetzung des Parteiverbots ²¹⁷⁾. Bei starker individueller Freiheitsbeschränkung muß dann aber das Gemeinschaftsinteresse besonders wichtig sein ²¹⁸⁾.

Die Frage nach den mildesten Mittel wurde vom BVerfG zunächst besonders im Bereich des Strafverfahrens gestellt (z.B. bei der Untersuchungshaft). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert im Strafverfahren vor allem, daß die Maßnahme unerlässlich ist, daß sie in angemessener Relation zur Schwere der Tat steht, und daß die Stärke des

212) BVerfGE 21, 181 ff. (184)

213) BVerfGE 25, 247 ff. (248)

214) BVerfGE 26, 264

215) BVerfGE 25, 247 vgl. auch BVerfGE 17, 242

216) BVerfGE 26, 264

217) BVerfGE 25, 54

218) BVerfGE 7, 408; 26, 222; 27, 42; 27, 211

bestehenden Tatverdacht sie rechtfertigt ²¹⁹⁾. Arreststrafen sollten erst dann verhängt werden, wenn vorausgegangene erzieherische Maßnahmen und Disziplinarstrafen ihren Zweck nicht erreicht haben ²²⁰⁾. Nach dem Grundsatz des mildesten Mittels ist auch eine vorherige Anhörung in Haftsachen immer dann zu fordern, wenn sie ohne Gefährdung des Haftzwecks möglich ist ²²¹⁾. Im Bereich der Berufsfreiheit hat das BVerfG im Apothekenurteil grundlegend festgelegt, daß Regelungen, die die Berufswahl einschränken, erst dann eingreifen dürfen, wenn andere Mittel auf der Stufe der Berufsausübung nicht zum gewünschten Erfolg geführt haben ²²²⁾. Die Abwägung erfolgt also zunächst im Verhältnis der einzelnen Stufen zueinander. Der Gesetzgeber muß Regelungen nach Art. 12 I 2 GG jeweils auf der Stufe vornehmen, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt. Die nächsthöhere Stufe darf erst dann betreten werden, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden Stufe nicht wirksam bekämpft werden können ²²³⁾. Später nimmt das Gericht dann auch eine Differenzierung innerhalb der einzelnen Stufen vor ²²⁴⁾. Auch gerichtliche Maßnahmen werden nach der Verhältnismäßigkeit überprüft. Dabei ist eine zunehmend selbständige Bedeutung des mildesten

219) BVerfGE 17, 117 vgl. auch BVerfGE 27, 219

220) BVerfGE 22, 319

221) BVerfGE 9, 105

222) BVerfGE 7, S. 405 - 408

223) BVerfGE 7, 408

224) vgl. BVerfGE 11, 42; 19, 339; 16, 173
17, 245; 18, 362; 25, 18 - 22

Mittels festzustellen ²²⁵⁾. Grundsätzlich geht das BVerfG bei der Frage nach dem mildesten Mittel von der Gegenüberstellung gleich tauglicher Mittel aus, wenn es das auch nicht immer ausdrücklich betont ²²⁶⁾.

2. Die Grundlage der Verhältnismäßigkeit in der Verfassung

Das BVerfG räumt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eindeutigen Verfassungsrang ein ²²⁷⁾. Begründet wird dieser Verfassungsrang auf verschiedene Weise. Teilweise wird er aus dem Willkürverbot und dem Gleichheitssatz hergeleitet ²²⁸⁾.

Teilweise scheint das Rechtsstaatsprinzip Grundlage zu sein ²²⁹⁾. Ohne Zwischenschaltung anderer Prinzipien ist das Rechtsstaatsprinzip jedoch zu unergiebig ²³⁰⁾. Die Berufung auf das Rechtsstaats-

225) in BVerfGE 15, 296 ff. stellt das BVerfG den Verfassungsrang des Prinzips der Erforderlichkeit im Rahmen der Informationsfreiheit klar. In BVerfGE 16, 219 ff. hebt es die Ausschließung eines Verteidigers auf, weil mildere Mittel denkbar sind. In BVerfGE 17, 118 legt es § 81a StPO unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit aus. Dabei geht es davon aus, daß der Gesetzgeber an den Grundsatz der Erforderlichkeit gebunden ist, fordert aber nicht die Positivierung des Grundsatzes im Gesetz. In BVerfGE 9, 98 u. 18, 404 stellt es aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit die Forderung auf, wenigstens nachträglich rechtliches Gehör zu gewähren. In BVerfGE 19, 342 fordert es aus der Verhältnismäßigkeit, daß der Verdächtige nur dann vorläufig in Haft genommen werden darf, wenn der Aufklärungs- und Sicherungsanspruch der staatlichen Gemeinschaft nicht anders gesichert werden kann.

226) vgl. BVerfGE 7, 410; 25, 18 ff. (20); 12, 52; 16 173; 25, 97

227) vgl. BVerfGE 18, 132; 19, 348; 21, 155; 23, 133; 26, 222

228) BVerfGE 3, 398 f.; vgl. auch E 4, 22; 6, 94; 13, 299 u. 316 u. 344

229) vgl. die Übersicht bei Langheinecken Kap. II Rdn. 789, 790

230) Lerche: Übermaß S. 32

prinzip wird vom BVerfG in der Regel auch nur mittelbar oder indirekt und lediglich als weiterer Anknüpfungspunkt herangezogen. Bei Art. 5 I GG, 12 I und II 2 GG hat das BVerfG die Forderung nach der Verhältnismäßigkeit mit der besonderen Bedeutung dieser Grundrechte begründet²³¹⁾. Oft ist diese Begründung aber auch nur eine Bekräftigung der allgemeinen Annahme des Verfassungsranges.

Der allgemeine Grundsatz des Vorranges der Freiheit - in dubio pro libertate - wird oft als die für das BVerfG entscheidende Begründung des Verfassungsranges des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesehen. Dabei geht das BVerfG von einem grundsätzlichen Freiheitsgebrauch aus, den es aus einem allgemeinen Verfassungsverständnis herleitet, wonach die menschliche Freiheit oberstes Ziel jeder Verfassungsinterpretation ist. In der Begründung greift dann das BVerfG gerade nicht auf die Grundrechte allgemein oder bestimmte Grundrechte zurück, sondern auf ein Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden Persönlichkeit und seiner Würde hat²³²⁾.

Nicht so allgemein und unbestimmt ist die Begründung, wenn das BVerfG die Forderung nach Verhältnis-

231) BVerfGE 7, 208 - Lüth-Urteil -
BVerfGE 7, 400 - Apothekenurteil -
BVerfGE 19, 349 - (Wennecker-Beschluß)

232) BVerfGE 7, 205 s.a. Grabitz S. 100 ff.
Langheinecken - Verhältnismäßigkeit S. 99 f. -
sieht aber nicht die zwingende Folgerung der
Forderung nach Verhältnismäßigkeit aus der Ver-
fassung. Man könne daraus auch umgekehrt eine
Vermutung der Verfassungsmäßigkeit der durch
Vorbehalte in der Verfassung geschützten All-
gemeinbelange sehen. Dies neutralisiere die
Wirkung der unterstellten Freiheitsvermutung.
Die allgemeine Anerkennung eines Freiheitsan-
spruchs schlechthin würde auch die Verhältnis-
mäßigkeitsprüfung erfordern, wenn die betreffende
Freiheitsordnung nicht grundrechtlich geschützt
ist. Eine solche Ausweitung des Verhältnis-
mäßigkeitsprinzips sei nicht aus der Verfassung
zu begründen.

mäßigkeit des grundrechtlichen Eingriffs aus der Gesamtheit der Freiheitsrechte herleitet ²³³⁾.

Es besteht noch eine Verbindung zu den einzelnen Grundrechten, bringt aber eine allgemeine Geltung für alle Grundrechte. Es ist konkreter fassbar als der Rechtsstaatsgrundsatz.

Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG ist nur das Mindestmaß der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes. Die Verfassung garantiert durch Gesetzesvorbehalt eingeschränkte Grundrechte nicht von Anfang an nur unter deren Wesensgehalt. Die grundrechtliche Gewährleistung ist mehr als bloße Substanzgarantie. Eine Einschränkung darf nur im Ausnahmefall so weit gehen, daß nur noch der Wesensgehalt übrig bleibt. Gesetzesvorbehalte sind von vornherein so auszulegen, daß Grundrechtsbeschränkungen nur im Rahmen des Erforderlichen zulässig sind. Dies gilt um so mehr, wenn das Grundrecht nicht unter einem Gesetzesvorbehalt steht, sondern unter einem Auslegungsvorbehalt, oder wenn gar kein Vorbehalt vorgesehen ist. Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit gilt somit für alle grundgesetzlich garantierten Positionen allgemein und unbeschränkt ²³⁴⁾. Grundsätzlich bleibt zu beachten, daß die Verhältnismäßigkeit nur dann überhaupt Geltung findet, wenn das betreffende Recht auch in der Verfassung normiert ist ²³⁵⁾.

233) BVerfGE 16, 202; 19, 348 ff.

234) Lerche - Übermaß S. 106 - 157 -
nimmt allerdings eine Abstufung vor je nach Art der im Grundgesetz vorgesehenen Grundrechtsbegrenzungen

235) Ausnahme ist die weite Auslegung des Art. 2 I GG in der Rspr. des BVerfG
- vgl. BVerfGE 6, 32 ff. (36)

3. Die Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG bei den einzelnen Grundrechten

Gesetze überprüft das BVerfG voll auf Beachtung der Proportionalität und Erforderlichkeit. Zurückhaltung übt es bei allen Rechten, die es grundsätzlich als uneinschränkbar ansieht. Maßnahmen der Exekutive prüft es voll auf Beachtung des gesamten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Bei der Überprüfung von Gerichtsentscheidungen übt es richterliche Selbstbeschränkung und fragt nur, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip angewandt und grundsätzlich richtig gesehen wurde. Es beschränkt sich auf eine Willkürprobe. Bei Handlungen Privater wurde bisher nur im Bereich der Meinungsfreiheit geprüft.

a. Berufsfreiheit

Im Rahmen der Berufsfreiheit hat das BVerfG seine Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung am weitgehendsten entwickelt.

(1) Die Stufentheorie des Apothekenurteils

Ausgangspunkt ist die Stufentheorie. Die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers ist umso enger begrenzt, je weiter sie in die Freiheit der Berufswahl eingreift²³⁶⁾. In diesem Fall ist eine Regelung nur dann gerechtfertigt, wenn dadurch ein überragendes Gemeinschaftsgut geschützt werden

236) BVerfGE 7, 403 vgl. BVerfGE 63, 286; 66, 353 ff. Rupp AÖR 92, S. 232 ff. hält die Unterscheidung der Stufen Berufswahl - Ausübungsregelung allerdings für wenig effektiv. Er stimmt dem BVerfG erst dann zu, wenn es feststellt, daß Ausübungsregelungen die Berufsfreiheit derart beeinträchtigen können, daß sie die Berufswahl tangieren und in diesem Fall als Rechtfertigungsgrund ebenfalls ein überragendes Gemeinschaftsgut verlangen.

soll, das der Freiheit des einzelnen vorgeht²³⁷⁾. Die Regelungsbefugnis ist inhaltlich umso freier, je mehr sie eine bloße Ausübungsregelung beinhaltet²³⁸⁾. Subjektive Zulassungsvoraussetzungen sind adäquate Mittel zur Verhinderung möglicher Nachteile und Gefahren, und damit Teil der rechtlichen Ordnung eines Berufsbildes. Die Verhältnismäßigkeit ergibt sich daraus, daß sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufsausübung nicht außer Verhältnis stehen dürfen²³⁹⁾.

(2) Objektive Zulassungsvoraussetzungen

Objektive Zulassungsbedingungen, auf die der Einzelne keinen Einfluß hat, stellen strenge Anforderungen an den Nachweis, daß die Einschränkungen zur Abwehr schwerwiegender Gefahren für ein überwiegend wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt ist²⁴⁰⁾. Damit hat das BVerfG den Weg offen gemacht, dem Grundsatz der Erforderlichkeit allgemeine Geltung zu verschaffen. Wenn das Urteil auch ausdrücklich nur Äußerungen zur Berufsfreiheit enthält, wird die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, die Forderung nach größtmöglicher Freiheit durch die Anwendung des Prinzips der Erforderlichkeit auch bei anderen Grundrechten durchzusetzen, indem man allgemein alle Gesetze, die Grundrechte betreffen, auf das Erforderliche beschränkt²⁴¹⁾.

Bei den objektiven Zulassungsvoraussetzungen fordert das BVerfG immer ein besonders "wichtiges-überwiegendes" oder "überwiegendwichtiges" Gemeinschafts-

237) BVerfGE 7, 406, vgl. auch BVerfGE 25, 11; 44, 117; 59, 315; 66, 353

238) BVerfGE 7, 403

239) BVerfGE 7, 406 f.
vgl. auch BVerfGE 13, 106; 7, 241; 21, 180;
25, 247; 59, 315 f.; 32, 22 f.; 22, 275

240) BVerfGE 7, 408
vgl. auch BVerfGE 21, 179, und das numerus-clausus-Urteil - EuGRZ 1977, 73 - wo der absolute numerus clausus als am Rande des verfassungsmäßig Hinnehmbaren bezeichnet wird.

241) vgl. BVerfGE 13, 104; 17, 318; 19, 337

gut als Rechtfertigung für den Eingriff 242).

Als überragend wichtige Gemeinschaftsgüter wurden angesehen: die Volksgesundheit 243); das Bestehen und Funktionieren des Personenlinienverkehrs 244); das Bestehen eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes 245) und die Sicherung der Volksernährung 246). Als nicht ausreichend sah es an: Konkurrenzschutz für bereits in einem Beruf Tätige 247), Standesinteressen 248), das Bestehen von Gelegenheitsverkehr und Mietwagenverkehr 249). Die Proportionalität prüft das Gericht seit dem Steuerberaterbeschuß bei den objektiven Zulassungsbedingungen, zum einen, indem es generell die Forderung nach dem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut aufstellt, zum anderen, indem es auch auf die Auswirkungen der jeweiligen objektiven Zulassungsvoraussetzungen eingeht. Seitdem es nicht mehr die Beschränkungen auf einer Stufe als gleichwertig ansieht, wendet es bei den objektiven Zulassungsvoraussetzungen unter Rückgriff auf die Stufentheorie den Grundsatz der Erforderlichkeit durchgehend an. Für objektive Zulassungsbedingungen fordert es dann weiter das Vorhandensein einer nachweisbaren und höchstwahrscheinlich schweren Gefahr für das Gemeinschaftsgut. Die Beseitigung der bestehenden Gefahr stellt

242) vgl. BVerfGE 21, 250

mal spricht es auch von hohem öffentlichen Interesse

- BVerfGE 21, 180 -

mal von einem Gemeinschaftswert von hohem Rang -

- BVerfGE 21, 251 -

mal von einem Gemeinschaftsgut höchsten Ranges

- BVerfGE 25, 16 -

in der Sache meint es immer das gleiche

243) BVerfGE 7, 414; 9, 52 vgl. auch 9, 346; 13, 107; 17, 276, 25, 247, 50, 277

entsprechend für den Tierschutz: 36, 59; 48, 389

244) BVerfGE 11, 184; vgl. auch 16, 170 ff. (172); 25, 264

245) BVerfGE 21, 251; 21, 267

246) BVerfGE E 25, 16

247) BVerfGE 7, 408

248) BVerfGE 7, 444

249) BVerfGE 11, 186 f.

dann den Eingriffszweck dar²⁵⁰⁾. Die Forderung nach der Höchstwahrscheinlichkeit der Gefahr ist dabei als Beweislastregel zu verstehen. Die Beweislast gilt zwar nicht als automatisch zu Lasten des Gesetzgebers, doch genügt es nicht, die bestehende Gefahr nur zu behaupten²⁵¹⁾. Auch reicht eine leichte noch entfernte Gefahr nicht aus. Insoweit verbindet das BVerfG hier Erwägungen der Erforderlichkeit und der Proportionalität²⁵²⁾. Insgesamt ist die Erforderlichkeit der wichtigste Gesichtspunkt des BVerfG bei der Beurteilung objektiver Zulassungsvoraussetzungen²⁵³⁾.

(3) Subjektive Zulassungsvoraussetzungen

Entscheidendes Merkmal der subjektiven Zulassungsbedingungen ist nicht so sehr die Beeinflussbarkeit, sondern mehr die persönliche Qualifikation²⁵⁴⁾. Hierzu gehört auch die Altersgrenze²⁵⁵⁾. Das BVerfG hat fast alle geprüften subjektiven Zulassungsvoraussetzungen für verfassungsmäßig erklärt²⁵⁶⁾. Am Anfang prüft das BVerfG bei den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen nur die Proportionalität²⁵⁷⁾. Es fordert als Rechtfertigung für die Einschränkung ein wichtiges Gemeinschaftsgut²⁵⁸⁾. Gegenüber dem Apothekenurteil tritt eine gewisse Verschärfung ein.

250) Gentz NJW 1968, S. 1603

251) Gentz NJW 1968, S. 1607 mit Fn. 67

252) wobei Gentz im Rahmen der Proportionalität dem Bürger die Beweislast auferlegen will.
- NJW 1968 S. 1606 mit Fn. 57 -

253) Langheinecken: Verhältnismäßigkeit S. 153

254) BVerfGE 9, 345

255) BVerfGE 9, 345 vgl. auch BVerfGE 1, 264; 64, 79 f.

256) Ausnahme ist die Sachkunde im Einzelhandels-gesetz - BVerfGE 19, 330 - (ungeeignetes Mittel) und teilweise die Inkompatibilitätsregelung für Steuerberater, die allerdings nicht als subjektive Zulassungsbedingung angesehen wurde - BVerfGE 21, 173 - vgl. auch 34, 77

257) BVerfGE 7, 407; 9, 345

258) BVerfGE 13, 97

Es wird ausdrücklich festgestellt, daß auch subjektive Zulassungsbedingungen prinzipiell empfindliche Beschränkungen darstellen²⁵⁹⁾. Es soll auch bei den subjektiven Zulassungsbedingungen eine Disproportionalität verhindert werden, indem man strenge Anforderungen an den Zweck des Eingriffs stellt. Später wird dann auch die Proportionalität im Einzelfall geprüft. Als wichtige Gemeinschaftsgüter wurden dabei angesehen: Erhaltung und Förderung des Berufsstandes²⁶⁰⁾, Volksgesundheit²⁶¹⁾, öffentliche Sicherheit²⁶²⁾, Steuerrechtspflege²⁶³⁾ und Staatsschutz²⁶⁴⁾. Zur Verdeutlichung des Proportionalitätsgrundsatzes wird oft noch aufgeführt, daß die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen²⁶⁵⁾. Seit dem Handwerksbeschluß²⁶⁶⁾ werden subjektive Zulassungsbedingungen auch auf Tauglichkeit und Erforderlichkeit überprüft. Seit dem Einzelhandelsbeschluß²⁶⁷⁾ werden alle Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich auf subjektive Zulassungsbedingungen angewendet²⁶⁸⁾.

259) BVerfGE 13, 107

260) BVerfGE 13, 107 ff. (113); 19, 339

261) BVerfGE 13, 107; 25, 247

262) BVerfGE 28, 375

263) BVerfGE 21, 179

264) BVerfGE 25, 101

265) BVerfGE 7, 407

Es handelt sich allerdings nur um ein stärkendes und kein eigenständiges Argument

266) BVerfGE 13, 97 ff.

Es werden jedoch Proportionalität, Übermaßverbot, Tauglichkeit und Erforderlichkeit vermengt, ohne die Tauglichkeit zum Kriterium der Verfassungsmäßigkeit zu erheben.

267) BVerfGE 19, 330

268) subjektive Zulassungsbedingungen wurden geprüft in BVerfGE:

9, 345; 13, 107; 19, 337; 25, 247; 34, 77;
54, 315; 55, 196; 59, 315; 61, 79

Das BVerfG prüft nicht bei jeder Entscheidung alle Forderungen der Verhältnismäßigkeit durch. Es greift die Voraussetzungen heraus, von denen es nicht von vornherein davon ausgehen kann, daß sie offensichtlich beachtet worden sind.

(4) Ausübungsregelungen

Bei Ausübungsregelungen forderte das BVerfG zunächst lediglich die Beachtung des allgemeinen Übermaßverbotes ²⁶⁹⁾. Proportionalität und Erforderlichkeit wurde noch nicht gefordert. Das erklärt sich daraus, daß das BVerfG zunächst alle Ausübungsregeln gleichermaßen als geringfügige Beeinträchtigung des Grundrechtes ansah. Es wird auch immer allgemein betont, daß Ausübungsregeln dem Gesetzgeber eine größere Gestaltungsfreiheit geben als Regeln, die die Berufswahl betreffen. Sie sind gerechtfertigt, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmässig erscheinen lassen ²⁷⁰⁾. Es wurde aber nicht verkannt, daß auch Ausübungsregeln Auswirkungen haben können auf die Berufswahl. Soweit sie die Berufswahl inhaltlich beschränken, sind sie auch wie Zulassungsbedingungen zu behandeln ²⁷¹⁾. Im Kassenarzturteil wird dann ausdrücklich eine Differenzierung vorgenommen je nach der Schwere der Auswirkung der Ausübungsregelung ²⁷²⁾. Der Grundsatz des mildesten Mittels kommt auch bei den Ausübungsregelungen zur Anwendung ²⁷³⁾. Je mehr die Aus-

269) BVerfGE 7, 405

Lerche versteht die Formel bei Ausübungsregeln als bloßes Willkürverbot.
(Übermaß S. 145 Fn. 143 und S. 250)
vgl. auch OLG Hamm NJW 1962, 1207

270) vgl. BVerfGE 14, 22; 17, 242; 23, 56 f.;
25, 117; 28, 31; 33, 244; 48, 123 f.; 58, 290

271) BVerfGE 10, 192 - 197

272) BVerfGE 11, 30 ff. (42)

273) die Anforderungen sind aber geringer
- vgl. BVerfGE 23, 56

übungsregeln auf die Berufswahl zurückwirken, je strengere Anforderungen sind dann auch an sie zu stellen ²⁷⁴⁾. Eine Rückwirkung wird allerdings nur dann angenommen, wenn die Ausübungsregelung die Berufstätigkeit in aller Regel wirtschaftlich oder praktisch unmöglich macht ²⁷⁵⁾. Daß einige durch eine Berufsausübungsregel zur Berufsaufgabe gezwungen werden könnten, reicht nicht aus ²⁷⁶⁾.

Wie sehr Berufsausübungsregelungen auf die Berufswahl zurückwirken können, zeigen vor allem die Fälle des Ausschlusses von Rechtsanwälten. Der Ausschluß eines Rechtsanwalts wird als schwerwiegender Eingriff gewertet, der nur unter strengen Voraussetzungen zum Schutze besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft ist ^{276a)}.

Eine lebenslange Ausschließung des Rechtsanwalts ohne die Möglichkeit, irgendwann um eine erneute Zulassung nachzusuchen, wird als unverhältnismäßig und übermäßig belastend angesehen ^{276b)}.

Bei einer Gruppe von Ausübungsregelungen, die zwar keine Beschränkung der Berufswahl zur Folge haben, jedoch schwerwiegende Eingriffe darstellen, wird dann teilweise ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse gefordert ²⁷⁷⁾. Auch die Prüfung des Übermaßverbotes wurde bei schwerliegenden Ausübungsregeln ausgeweitet ²⁷⁸⁾. Im Werkfernverkehrsbeschluß prüft das BVerfG auch Proportionalität und

274) BVerfGE 25, 1 ff. (12); 21, 179; 23, 56; 30, 316; 32, 34; 33, 160; 33, 245; 36, 58; 53, 143; 58, 290; 61, 291 ff. (311)

275) vgl. BVerfGE 11, 43; 16, 163

276) vgl. BVerfGE 16, 163

276a) vgl. BVerfGE 63, 266 ff. (286), wo die früheren Urteile BVerfGE 7, 377 ff. (405); 25, 1 ff. (11); 44, 105 ff. (117); 59, 302 ff. (315) bestätigt werden, sowie BVerfGE 66, 337 ff.

276b) vgl. BVerfGE 66, 337 ff. (353 ff.); dagegen aber BVerfGE 25, 88 ff. (101) und BVerfGE 44, 105; 48, 292

277) vgl. BVerfGE 17, 276; 11, 42; 16, 167; 61, 311

278) vgl. BVerfGE 61, 291 ff.

Erforderlichkeit. Damit beinhaltet die Prüfung schwerwiegender Ausübungsregeln den gesamten Umfang der Verhältnismäßigkeit 279).

Teilweise wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch den Gleichheitssatz des Art. 3 GG noch weiter eingeengt. Die Verhältnismäßigkeit muß in allen wesentlichen Fällen in gleicher Weise gewahrt sein. Es müssen die Ungleichheiten berücksichtigt werden, die typischerweise innerhalb der betroffenen Berufsgruppen bestehen 280).

Inzwischen werden somit auch Berufsausübungsregeln insgesamt auf ihre Verhältnismäßigkeit hin untersucht, wobei sich allerdings die Strenge der Anforderungen verringert, je weniger die Berufsausübungsregelung auf die Berufswahl zurückwirkt.

Grundsätzlich kann festgestellt werden, daß nach der Ansicht des BVerfG sich die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers im Rahmen des zulässigen hält, wenn die Regelung durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden kann, das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen Schwere des Eingriffs und Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenzen der Zumutbarkeit gewahrt sind 280a).

In den untersuchten 42 Entscheidungen zur Berufsfreiheit wurde nur in 11 Fällen die Verhältnismäßigkeit verneint. So wurde ein lebenslanges Berufsverbot verworfen, weil der Eingriff als unzumutbar schwer erachtet wurde 280b).

279) vgl. BVerfGE 16, 214; 17, 269; 22, 114; 23, 50

280) vgl. BVerfGE 25, 251; 65, 116 ff. (125); 68, 155 ff. (171 ff.)

280a) BVerfGE 30, 292 ff. (316 ff.); 36, 47 ff. (59); 53, 135 ff. (144); 59, 336 ff. (355); 61, 291 ff. (312); 65, 116 ff. (125 f.); 65, 237 ff. (245); 68, 155 ff. (171); 68, 272 ff.

280b) vgl. BVerfGE 66, 337 ff.

Ebenso wurde die Inkompatibilitätsregel für schon im Beruf Stehende als nicht zumutbar erachtet ²⁸¹⁾. Im Beschluß zur Automatenaufstellung wurde die Forderung der Sachkunde für Lebensmittel aller Art in Verbindung mit Art. 3 GG für unverhältnismäßig erklärt ²⁸²⁾. Die Reduzierung der Vertretungsbefugnis der Apothekerassistenten wurde verworfen, weil ein milderer Mittel denkbar war ²⁸³⁾. Bei zwei Entscheidungen wurde das Mittel als ungeeignet angesehen ²⁸⁴⁾. Bei 4 Entscheidungen fehlte es an der Erforderlichkeit ²⁸⁵⁾.

b. Körperliche Unversehrtheit

Im Bereich der körperlichen Unversehrtheit prüft das BVerfG alle Kriterien der Verhältnismäßigkeit. Besonders zum Tragen kommt die Frage der Verhältnismäßigkeit bei Maßnahmen nach § 81a StPO. Hier kollidiert das Interesse des Betroffenen, von körperlichen Untersuchungen verschont zu bleiben, mit dem Interesse der Allgemeinheit an wirksamer Strafverfolgung und der Aufklärung von Verbrechen. Entscheidende Kriterien bei der Abwägung sind die Schwere der Beschuldigung, die Stärke des Tatverdacht und die Wahrscheinlichkeit, ein Ergebnis mit brauchbarem Erkenntniswert durch die Untersuchung zu erhalten ²⁸⁶⁾. Weiterhin ist zu berücksichtigen die Schwere des Eingriffs, Art und Intensität der zu befürchtenden Schäden sowie die Möglichkeiten, diesen entgegenzuwirken ²⁸⁷⁾. So wurde die Vornahme eines EEG noch nicht als übermäßig be-

281) BVerfGE 21, 182 ff.; ähnlich BVerfGE 68, 272 ff.

282) BVerfGE 34, 77 ff.

283) BVerfGE 54, 313

284) BVerfGE 19, 337; 36, 58

285) BVerfGE 7, 377 (442); 9, 39 (57)
21, 261 (269); 11, 168 (188)

286) Schwere Eingriffe bei Bagatelldelikten sind unverhältnismäßig
BVerfGE 16, 201; 17, 117

287) BVerfGE 51, 346 vgl. auch BGH NJW 1970, 1981

lastender Eingriff angesehen ²⁸⁸⁾. Anders dagegen die Liquorentnahme ²⁸⁹⁾ und die Hirnkammerlüftung, ²⁹⁰⁾ weil es sich um gefährliche Eingriffe handelt, deren Erkenntniswert umstritten ist. Für die Anordnung eines erheblichen körperlichen Eingriffs muß die Schwere des Tatverdachtens selbständig unter Anlegung eines strengen Maßstabes gewürdigt werden. Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte reichen nicht aus. Der bloße Hinweis auf die Eröffnung des Hauptverfahrens genügt nicht. Kann vor Anordnung ohne große Schwierigkeiten eine Beweisaufnahme über die Schwere des Tatverdachtens vorgenommen werden, verstößt es gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, dies zu unterlassen ²⁹¹⁾. So wurde die Anordnung eines mit weiteren körperlichen Eingriffen verbundenen Obergutachtens über die Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten vom BVerfG nur gebilligt, weil die Richter sich vorher eingehend über die Notwendigkeit des Gutachtens und die Zumutbarkeit der körperlichen Eingriffe hatten unterrichten lassen und Liquorentnahme und Hirnkammerlüftung als Untersuchungsmittel ausgeschlossen hatten ²⁹²⁾. Besteht die naheliegende konkrete Gefahr, daß der Beschuldigte bei Durchführung der Hauptverhandlung sein Leben einbüßen oder schwerwiegende Schäden nehmen würde, kann nicht einfach entgegengehalten werden, die Fortführung der Hauptverhandlung stelle lediglich eine Gefährdung seines Grundrechtes dar. Die Risikogrenze ist schon nicht unerheblich unterhalb einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit erreicht. Verlangt man eine Zwangsläufigkeit der Gefährdung, ist der Rahmen der

288) BVerfGE 17, 155 ff.

289) BVerfGE 16, 201 ff.

290) BVerfGE 17, 117 ff.

291) BVerfGE 17, 119 ff.

292) BVerfGE 27, 219 ff.

Verhältnismäßigkeit überschritten 293).

Die Pflicht zum Schutze des Lebens kann den Staat teilweise sogar zu positivem Handeln veranlassen. Das wird besonders deutlich im Urteil des BVerfG zur Fristenlösung 294), wo das BVerfG den Einsatz des Strafrechtes als Sanktionsmittel nicht nur billigt, sondern fordert. Wenn sich demnach die Wahl der Mittel zum Schutze der Freiheit in besonders gelagerten Fällen auf ein bestimmtes Mittel verengen kann, ist die Grenze dieser Verengung andererseits aber dann gegeben, wenn zum Schutze eines Lebens viele Leben gefährdet werden müßten 295). Insgesamt zeigt sich die hohe Stellung, die das BVerfG dem Schutz des Lebens und körperlicher Unversehrtheit einräumt darin, daß es in nur 2 der untersuchten Fälle die Verhältnismäßigkeit bejaht hat 296).

c. Allgemeine Handlungsfreiheit

Im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit wendet das BVerfG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur in einigen Fällen strikt an und erklärt ausdrücklich, daß die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet und erforderlich sein muß, und daß sie in ihrer Intensität nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen darf 297).

(1) Im persönlichen Bereich

Im Rahmen der Bewertung von Eingriffen in die Privatsphäre urteilt das Gericht sehr streng. Der besondere Rang der Privatsphäre wird immer wieder

293) BVerfGE 51, 346 ff.

294) BVerfGE 39, 1 ff. EuGRZ 1975, 126 ff.

295) BVerfGE EuGRZ 1977, 426 ff. (427) -Schleyer-

296) BVerfGE 27, 219 ff.; EuGRZ 1977, 426 ff.

297) BVerfGE 27, 350 ff. so schon E 16, 202; 17, 117

betont ²⁹⁸⁾. Es wird allerdings dann sofort hervorgehoben, daß der Mensch als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger Eingriffe hinnehmen muß, wenn überwiegende Belange des Gemeinwohls dies zwingend erfordern ²⁹⁹⁾. Als solche überwiegenden Belange wurden angesehen: die Gefahr für die Volksgesundheit durch ansteckende Krankheiten, Seuchen oder Geschlechtskrankheiten, die Aufrechterhaltung einer wirksamen Strafrechtspflege durch Meldung von Hieb-Stich- oder Schußverletzungen und die Aufklärung von Straftaten des Arztes oder Patienten ³⁰⁰⁾. Ein unabweisbares Bedürfnis wirksamer Strafverfolgung wurde angenommen bei Fällen schwerer Kriminalität gegen Leib und Leben anderer und existentielle Grundlagen freiheitlich demokratischer Grundordnung ³⁰¹⁾. Die Abwägung zwischen der Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse hat unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen. Das Gericht prüft alle Kriterien der Verhältnismäßigkeit. So lehnte es die Herausgabe von Ehescheidungsakten im Disziplinarverfahren ab, wenn als milderes Mittel z.B. die Übersendung eines teilweisen Aktenauszuges möglich ist ³⁰²⁾. Krankenblätter sollen in der Regel nicht gegen den Willen des Patienten herausgegeben werden, insbesondere genügt es nicht, die Herausgabe lediglich zur Aufklärung einer Straftat des Patienten zu fordern, wenn der Arzt nicht daran beteiligt ist ³⁰³⁾. Tonbandaufnahmen dürfen nur als allerletztes Beweismittel verwertet werden, wobei sowohl die Schwere des Eingriffs als auch die Schwere des konkreten Tatverdachts zu berücksichtigen sind ³⁰⁴⁾.

298) so schon das Elfes-Urteil E 6, 41
vgl. auch BVerfGE 27, 350; 32, 379; 34, 245;
44, 372; 56, 203; 58, 220 ff.; 61, 123 ff.

299) BVerfGE 32, 379

300) BVerfGE 32, 380 f.
vgl. auch BVerfGE 44, 372

301) BVerfGE 34, 245 ff.
vgl. auch BVerfGE 56, 203 ff.

302) BVerfGE 27, 351 f.; vgl. 34, 208 ff.

303) BVerfGE 32, 380 f; vgl. 44, 372

304) BVerfGE 34, 245 ff; vgl. 56, 203 ff.

Ein Anzeichen dafür, wie strikt die Verhältnismäßigkeit im Bereich der Privatsphäre angewandt wird, ist, daß bei allen diesbezüglich untersuchten 6 Fällen die Verhältnismäßigkeit verneint wurde ³⁰⁵).

Eine bestimmende Rolle spielt die Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen der Untersuchungshaft. Die hiermit verbundene Freiheitsbeschränkung für eine noch nicht verurteilte, sondern lediglich verdächtige Person stellt eine Ausnahmemassnahme dar, die nur hingenommen werden kann, wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat nicht anders gesichert werden kann als durch die Inhaftierung des Täters ³⁰⁶). Die Freiheitsbeschränkung muß vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlich sein. Es müssen begründete Zweifel an der Unschuld des Verdächtigen bestehen. Der Richter hat vor Erlass des Haftbefehls zu prüfen, ob der Zweck nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden kann ³⁰⁷). Die Haftdauer ist zu berücksichtigen. Überlange Untersuchungshaft ist nicht gerechtfertigt, wenn sie dadurch verursacht wurde, daß die Strafverfolgungsbehörden die Ermittlungen nicht mit der gebotenen Schnelligkeit abschließen ³⁰⁸). Mit fortschreitender Dauer der Untersuchungshaft tritt das Freiheitsbedürfnis des Inhaftierten immer weiter in den Vordergrund ³⁰⁹). Schwere der Tat und Verschulden des Täters sind zu berücksichtigen ³¹⁰). So ist Vorführungshaft nicht verhältnismäßig, wenn in der

305) BVerfGE 27, 351 ff; 34, 208 ff.
32, 380 ff; 44, 372 ff; 34, 245 ff; 56, 203 ff.

306) BVerfGE 19, 347 ff.
vgl. auch 20, 147 ff; 32, 93 ff.

307) BVerfGE 19, 347 ff.

308) BVerfGE 20, 50 f.; 20, 148; 21, 187;
vgl. auch 21, 226; 36, 269; 53, 158 f.

309) BVerfGE 32, 270; 53, 159

310) so schon BVerfGE 6, 439
vgl. auch BVerfGE 20, 45 ff. (49); 36, 264 ff.
(269 ff.); zur Auslieferungshaft vgl.
BVerfGE 61, 28 ff. (34)

nächsten Hauptverhandlung auch ohne den Angeklagten ein Urteil ergehen könnte ³¹¹⁾. Die Vorladung zum Verkehrsunterricht muß im angemessenen Verhältnis zum Verkehrsverstoß stehen und darf keine reine Schikane sein ³¹²⁾. Ein Fahrverbot soll nur bei wiederholtem Mißachten der Verkehrsvorschriften verhängt werden, beim ersten Mal nur dann, wenn der Fahrzeugführer sich besonders verantwortungslos verhalten hat ³¹³⁾. Die Erzwingungshaft wegen geringer Geldbußen soll allenfalls eine kurze Beugehaft sein für Betroffene, die zahlungsfähig, aber nicht zahlungswillig sind und trotz Aufforderung ihre Zahlungsunfähigkeit nicht nachweisen, wenn nicht andere Umstände hinzukommen, die die Beugehaft in diesem Fall als übermäßig qualifizieren ³¹⁴⁾. Wiederholungsgefahr kann als Rechtfertigungsgrund für die Untersuchungshaft nur bei solchen Straftatbeständen angeführt werden, bei denen schon nach dem gesetzlichen Tatbestand und in der Höhe der Strafandrohung ein besonderer Unrechtsgehalt zum Ausdruck kommt ³¹⁵⁾.

Insgesamt gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine größtmögliche Verfahrensbeschleunigung. Eine über das notwendige Maß hinausgehende Haft oder Unterbringung muß durch schwerwiegende Gründe gerechtfertigt sein ³¹⁶⁾. Aus der großen Bedeutung der Freiheit der Person ergibt sich auch das Gebot, strenge Verfahrensrichtlinien einzuhalten, insbesondere die grundsätzliche vorherige Anhörung ³¹⁷⁾.

311) BVerfGE 32, 93 f.; umgekehrt aber BVerfGE 21, 188

312) BVerfGE 22, 26 ff.

313) BVerfGE 27, 42 ff.

314) BVerfGE 43, 106 ff.
vgl. auch 48, 400 ff.; 61, 126 ff. (134 ff.)

315) BVerfGE 35, 195 ff.

316) vgl. BVerfGE 61, 28 ff. (34 f.)
BVerfGE 58, 224 ff. (225) spricht von "überwiegenden Belangen des Gemeinwohls"

317) vgl. BVerfGE 58, 208 ff. (220 ff.); 61, 123 ff.; 65, 317 ff.; 66, 119 ff.

(2) Im wirtschaftlichen Bereich

Erheblich geringer sind die Anforderungen, die das BVerfG an die Verhältnismäßigkeit im Bereich der Wirtschaftsfreiheit stellt. Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und Vertragsfreiheit sind Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit ³¹⁸⁾. Regelungen im Bereich wirtschaftlicher Betätigungen müssen im überwiegenden Interesse des Gemeinwohls liegen. Der einzelne muß sich diejenigen Schranken in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Förderung des sozialen Zusammenlebens zieht, wobei die Grenze die Zumutbarkeit ist und dem Unternehmer noch eine ausreichende Eigenständigkeit verbleiben muß ³¹⁹⁾. Mit dieser Begründung wurde dann das Investitionshilfegesetz gebilligt ³²⁰⁾. Es genügt nicht, wenn die Auferlegung einer Steuer für den Unternehmer lediglich ein zusätzlicher Kostenfaktor in seiner Kalkulation ist, ihn aber sonst nicht in seiner unternehmerischen Freiheit einschränkt ³²¹⁾. So kann umgekehrt auch die Konzernleitung innerhalb der unternehmerischen Freiheit den Aufbau des Konzerns bestimmen, solange die Minderheitsgruppen durch entsprechende Rechtsbehelfe vor Mißbrauch geschützt sind ³²²⁾. Soweit die Einschränkungen für den Betroffenen gleichzeitig auch Vorteile bringen, wird die Verhältnismäßigkeit ebenfalls bejaht ³²³⁾. Weiterhin wird die Einschränkung

318) daß Art. 2 I GG die Handlungsfreiheit auch auf wirtschaftlichem Gebiet schützt, ist ständige Rspr. - vgl. BVerfGE 4, 15 f.; 8, 328; 9, 11; 10, 99; 10, 242; 12, 293/295 f.; 12, 347 f.; 14, 282; 18, 327; 21, 249; 23, 30; 25, 407 f.; 29, 266 f.

319) BVerfGE 4, 16; 56, 49

320) BVerfGE 4, 16

321) BVerfGE 12, 347 f.

322) BVerfGE 14, 282 (wo dies allerdings hauptsächlich im Rahmen des Art. 14 I GG untersucht wird).

323) BVerfGE 18, 327 (Preis und Absatzregelung) vgl. BVerfGE 53, 326 (Arbeitslosenversicherung) BVerfGE 29, 235 ff. (Einbeziehung höher verdienender Angestellter in die Pflichtversicherung)

gebilligt, wenn der Eingriff nicht schwerwiegend ist ³²⁴⁾, oder wenn durch entsprechende Ausnahmeregelungen Erleichterung geschaffen wird ³²⁵⁾. Das den Eingriff rechtfertigende öffentliche Interesse wird sehr weit gefaßt. Dazu zählen Versorgung mit Lebensmitteln ³²⁶⁾, Versorgung des Arbeitsmarktes ³²⁷⁾, Wasserversorgung ³²⁸⁾, Redlichkeit und gute Sitten des Marktverkehrs ³²⁹⁾, die Abwehr von Störungen des gesamten Preisstandes ³³⁰⁾, optimale Datenübertragung ³³¹⁾ und das Informationsbedürfnis im Konkursverfahren ³³²⁾. In vielen Fällen wird auch einfach festgestellt, daß die wirtschaftliche Handlungsfreiheit lediglich innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet ist ³³³⁾. Solange der Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aufgrund einer formell und inhaltlich mit der Verfassung übereinstimmenden Rechtsgrundlage erfolgt, tauchen Zweifel an der Verhältnismäßigkeit gar nicht auf ³³⁴⁾. Dem Gesetzgeber wird ein politischer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum eingeräumt, der praktisch nur noch bei Willkür als überschritten gilt ³³⁵⁾.

324) BVerfGE 29, 266 f.; 32, 64; 37, 289;

BVerfGE 23, 30; 52, 282; 57, 158; 9, 137

325) BVerfGE 12, 295 f.

vgl. auch 10, 102 ff. (Zwangseinlagen für Erftverband gebilligt, weil die Mitglieder durch Mitarbeit im Verband die Möglichkeit haben, Entscheidungen in ihrem Interesse herbeizuführen).

326) BVerfGE 18, 327 vgl. auch 37, 289; 45, 160

327) BVerfGE 21, 249; 53, 326 vgl. auch 57, 158 ff.

328) BVerfGE 10, 102

329) BVerfGE 32, 318

330) BVerfGE 8, 328

331) BVerfGE 46, 148/159

332) BVerfGE 56, 49

wobei aber grundsätzlich daran festgehalten werden soll, keine Selbstbeziehungspflicht aufzubürden

333) BVerfGE 31, 173; 44, 353; 55, 27 ff.; 49, 57; 50, 366 ff

334) BVerfGE 31, 173 mit Hinweis auf E 9, 11; 19, 215 f; 21, 3; 27, 384

335) BVerfGE 45, 160; 50, 366 ff

Im Bereich der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit wurde nur in zwei Fällen Unverhältnismäßigkeit angenommen. Die generelle Nichtanerkennung von Arbeitsverträgen bei Ehegatten wurde verworfen, weil ein milderes Mittel denkbar war ³³⁶⁾. Das Verbot von privaten Mitfahrerzentralen wurde als untaugliches Mittel zur Erreichung des Zwecks, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, angesehen ³³⁷⁾.

(3) Abstufung zwischen persönlichem und wirtschaftlichem Bereich

Es ist bei der allgemeinen Handlungsfreiheit also eine Abstufung festzustellen in der Strenge der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Schutz der Privatsphäre und die Einschränkung der persönlichen Freiheit werden strikt auf Verhältnismäßigkeit überprüft. Das BVerfG stellt strenge Voraussetzungen für die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf. Die Einschränkung darf nur zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes erfolgen. Je schwerwiegender der Eingriff in die persönliche Sphäre, je länger die Dauer der Untersuchungshaft, desto mehr tritt der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit bei der Abwägung im Verhältnis zu dem bezweckten Schutz des Allgemeingutes in den Vordergrund ³³⁸⁾. Dabei schenkt das BVerfG der Frage nach dem mildesten Mittel besondere Aufmerksamkeit. Die Einschränkung der persönlichen Freiheit durch Untersuchungshaft und der Eingriff in die Privatsphäre sollen als Ausnahme nur das allerletzte Mittel sein, wenn der Schutz des wichtigen Allgemeingutes auf andere, weniger einschneidende Weise nicht zu erreichen ist. In diesem persönlichen Bereich, der im anglo-amerikanischen Rechtsbereich mit "liberty" bezeichnet wird, überprüft das BVerfG den gesamten Bereich der Verhältnismäßigkeit.

336) BVerfGE 13, 316 ff.

337) BVerfGE 17, 314 ff.

338) vgl. BVerfGE 36, 269 ff. (270)

Insoweit läßt sich ein Vergleich ziehen zur Berufswahl und deren Einschränkung durch subjektive und objektive Zulassungsbedingungen, wobei die Wichtigkeit dieser Freiheitsbereiche immer wieder betont wird.

Demgegenüber sind im Bereich der wirtschaftlichen Freiheiten die Anforderungen an die Eingriffsvoraussetzungen nicht so hoch. In Fortführung des Grundsatzes der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes³³⁹⁾ sieht das BVerfG zwar einen angemessenen Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative als unantastbar an, räumt aber dem Gesetzgeber ein Gestaltungsermessen ein. Es wird auch gefordert, daß Regelungen im Bereich wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit im überwiegenden Interesse des Gemeinwohls liegen müssen, eine eingehende Prüfung der Mittel-Zweckrelation erfolgt aber oft nicht, man begnügt sich mit der Feststellung, daß die Einschränkung im überwiegenden öffentlichen Interesse ist, wobei dann auch Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte zum Tragen kommen. Insoweit besteht eine Vergleichbarkeit zu den Regelungen der Berufsausübung, wobei hier noch die Verhältnismäßigkeit ausdrücklich angesprochen wird und bejaht wird, wenn die Einschränkung durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird. Insgesamt ist festzustellen, daß die Verhältnismäßigkeit um so enger gesehen wird, je mehr der Eingriff den persönlichen Bereich betrifft, und daß Regelungen umso eher als verhältnismäßig angesehen werden, je mehr der Bereich der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit betroffen ist, das, was im anglo-amerikanischen Recht als "property" bezeichnet wird. Im ersteren Fall ist die Ablehnung der Verhältnismäßigkeit die Regel, im letzteren Fall geht man zunächst von einer grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit der eingreifenden Maßnahme aus.

339) BVerfGE 4, 18; 7, 400; 12, 363; 14, 275

d. Schutz des Eigentums

Eine ähnliche Abstufung im Grad des Schutzes der Verhältnismäßigkeit nimmt das BVerfG auch im Bereich des Eigentums vor.

(1) Enteignung

Bei der Enteignung ist eine sehr enge Sicht vorhanden. Hier muß das Vorhaben dem Wohle der Allgemeinheit dienen³⁴⁰⁾. Die Enteignung muß ultima ratio sein und soll nur angewendet werden, wenn es keine andere rechtlich und wirtschaftlich vertretbare Lösung gibt. Besondere Bedeutung kommt dem Grundsatz des mildesten Mittels zu. Es müssen die Maßnahmen gewählt werden, die den Betroffenen am wenigsten belasten. Eine Enteignung ist danach nicht verhältnismäßig, wenn dem Gemeinwohlinteresse bereits durch Einräumung dinglicher oder obligatorischer Rechte Genüge getan werden könnte³⁴¹⁾. Diese Grundsätze gelten sowohl für die Administrative enteignung als auch für die Legalenteignung. Das BVerfG hat im Hamburger Deich-Urteil ausdrücklich klargestellt, daß die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit bei der Legalenteignung keineswegs geringer sind.

(2) Bestimmung von Inhalt und Grenzen des Eigentums

Nicht so eng umschrieben ist der Kreis der möglichen Zwecke, wenn es um die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums nach Art. 14 I 2 GG geht. Hierbei hat der Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Gestaltungsbereich³⁴²⁾. Er

340) BVerfGE 24, 404 mit Hinweis auf BVerfGE 2, 38; 13, 77; 19, 77; 21, 193 vgl. auch 53, 349; 56, 264

341) BVerfGE 24, 405, vgl. auch 45, 335

342) BVerfGE 21, 78; 21, 90; 21, 93; 21, 98; 21, 100; 21, 104; 21, 310 f vgl. auch BVerfGE 8, 80; 21, 155; 25, 117

ist in der Zweckbestimmung frei, solange er die grundlegende Wertentscheidung des Grundgesetzes zugunsten des Privateigentums beachtet und sich auch mit allen übrigen Verfassungsnormen im Einklang hält ³⁴³⁾. Das bedeutet nicht, daß hier die Verhältnismäßigkeit nicht zu beachten wäre. Die Anforderungen sind aber geringer ³⁴⁴⁾.

Soweit das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug oder in einer sozialen Funktion steht, hat der Gesetzgeber einen relativ weiten Gestaltungsbereich. Je mehr eine gesetzliche Regelung wichtige Bereiche menschlicher Handlungsfreiheit berührt, müssen auch im Eigentumsbereich die Gründe umso schwerwiegender sein, die den Eingriff rechtfertigen. Es müssen solche Gründe des gemeinen Wohls vorliegen, denen auch bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Vorrang vor dem grundsätzlichen Eigentumsanspruch des Bürgers zukommt ³⁴⁵⁾. Je enger der Kreis der vom Gesetzgeber verfolgbaren Zwecke gezogen ist, desto mehr ist dieser in der Wahl seiner Mittel beschränkt ³⁴⁶⁾. Bei der Auflegung von Geldleistungspflichten ist die Grenze die übermäßige Belastung ³⁴⁷⁾. Die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen dürfen nicht grundlegend beeinträchtigt werden. Die Geldleistungspflicht darf nicht konfiskatorischen Charakter haben ³⁴⁸⁾. Auch bei Organisationsmaßnahmen privatrechtlichen Charakters wendet das BVerfG den Grundsatz der

343) BVerfGE 21, 155; 25, 117; 26, 222

344) BVerfGE 8, 80; 21, 86

345) BVerfGE 26, 222; 31, 289 ff; 42, 294;
vgl. auch E 49, 400; 52, 32; 53, 292; 58, 148

346) Grabitz - AÖR 98, 602 ff. - unterscheidet verschiedene Typen in der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit: legislatorische Konkretisierungskompetenz, willkürfreie legislatorische Qualifikationskompetenz und legislatorische Qualifikationskompetenz

347) BVerfGE 14, 241 im Gegensatz zur früheren Rspr. - BVerfGE 4, 17; 8, 330; 10, 116; 10, 371; 11, 126; 14, 241 -

348) BVerfGE 23, 315; (klingt schon an in E 19, 128)

Proportionalität an ³⁴⁹⁾. Die Gewährleistung privatrechtlich zugeordneter Ansprüche bedeutet nicht schlechthin ihre Unantastbarkeit. Es ist nicht jede inhaltliche Veränderung unzulässig. Der Gesetzgeber ist unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen ermächtigt, in bereits begründete Rechte einzugreifen und diesen neue Inhalte zu geben ³⁵⁰⁾. Für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Betrieben liegt die Grenze der Änderungskompetenz des Gesetzgebers in dem Grad der Kontrolle, die die Anteilseigner noch über die Führungsauswahl im Unternehmen behalten. Der Gesetzgeber hält sich so lange innerhalb der Grenzen zulässiger Inhalts- und Schrankenbestimmung, wenn die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht dazu führt, daß über das im Unternehmen investierte Kapital gegen den Willen aller Anteilseigner entschieden werden kann, und wenn diesen die letzte Entscheidung belassen bleibt ³⁵¹⁾.

Ausfluß des Grundsatzes des mildesten Mittels ist es, wenn das BVerfG verlangt, daß der Gesetzgeber bei Modifizierung geschützter Rechtspositionen in der Regel angemessene Übergangsregelungen treffen muß, um so einen schonenden Übergang vom alten zum neuen Recht zu ermöglichen ³⁵²⁾. Wenn der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der obengenannten Gesichtspunkte in verfassungsmäßiger Weise von seiner Ermächtigung zur Bestimmung von Inhalt und Grenzen des Eigentums Gebrauch macht, liegt darin dann auch keine unzulässige Einschränkung des Grund-

349) vgl. BVerfGE 14, 280

350) BVerfGE 31, 293; 42, 294

351) BVerfGE 50, 350

352) BVerfGE 43, 288; mit Hinweis auf E 21, 183; 22, 276; 25, 248; 31, 284; 32, 22; 36, 293
vgl. auch E 50, 275; 53, 351

rechts 353). Die Zweckbestimmung wird dann relativ weit gefaßt. Die Entziehung des Eigentums wird zugelassen, wenn es dem Wohl der Allgemeinheit dient. Als legitimes Ziel ist anerkannt die Förderung der Ernährung und Qualitätsverbesserung des Weins 354), Sicherung des Wasserhaushalts 355), politische Sicherung der Marktwirtschaft 356) und die Gewährleistung des Urheberrechtes 357).

Nur in vier der untersuchten Fälle hat das BVerfG eine Eigentumsentziehung bzw. -beschränkung nicht gebilligt 358). Einmal war ein milderes Mittel denkbar 359). Eine durch den sozialen Bezug des Urheberrechtes nicht geforderte Einschränkung wurde als übermäßig angesehen, weil sie vom geregelten Sachbereich her nicht geboten war und weiter ging als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient 360). Einmal wurde die Entscheidung des OLG Stuttgart über die Versagung der Genehmigung nach § 9 I 2 i.V.m. § 9 III 1 GrdstVG aufgehoben, weil das OLG nicht in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift geprüft hatte, ob die Veräußerung nachteilige Folgen für die Agrarstruktur herbeiführte 361).

e. Der Gleichheitssatz des Art. 3 I GG

Art. 3 I GG verbietet, wesentlich gleiches willkürlich ungleich und wesentlich ungleiches willkürlich gleich zu behandeln. Der Gesetzgeber hat eine weitgehende Gestaltungsfreiheit. Verlangt wird ein vernünftiger und sachlicher Grund für die Differenzierung 361a). Die Verhältnismäßigkeitsprüfung umfaßt auch beim Gleichheitsgrundsatz alle Punkte der Verhältnismäßigkeit. Die Differenzierung muß das mildeste Mittel darstellen 361b).

Eine gewisse Typisierung ist zwar grundsätzlich

353) BVerfGE 24, 397; 25, 121

354) BVerfGE 8, 80

355) BVerfGE 10, 111

356) BVerfGE 50, 351

357) BVerfGE 37, 141; 49, 400

358) BVerfGE 26, 226 ff.; 37, 141; 49, 400; 45, 335

359) BVerfGE 45, 335

360) BVerfGE 37, 141; 49, 400

361) BVerfGE 26, 226 ff.

361a) vgl. BVerfGE 49, 271; 55, 88; 60, 133 f.; 61, 147; 61, 319 ff.; 64, 247 ff.; 65, 112; 66, 75; 66, 242; 68, 301

361b) vgl. BVerfGE 30, 316; 63, 115

zulässig, verstößt aber gegen das Gleichheitsgebot, wenn die steuerlichen Vorteile der Typisierung nicht in angemessenem Verhältnis zu der mit dieser notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen ³⁶²⁾. Proportionalität im Gleichheitsgebot ist somit gekoppelt mit dem Willkürverbot. Sie ist immer dann nicht gewahrt, wenn die Gleichbehandlung mehrerer Gruppen für die eine im Verhältnis zur anderen eine übermäßige Belastung zur Folge hat ³⁶³⁾.

f. Meinungs-Presse- und Informationsfreiheit

Bei der Meinungs- Informations- und Pressefreiheit erwähnt das BVerfG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur in wenigen Fällen ausdrücklich ³⁶⁴⁾.

(1) Güterabwägung innerhalb der Überprüfung der die Rechte aus Art. 5 I GG einschränkenden allgemeinen Gesetze

Seit dem Lüth-Urteil ³⁶⁵⁾ vollzieht es vielmehr eine Güterabwägung bei der Überprüfung der die Meinungsfreiheit einschränkenden allgemeinen Gesetze. Diese Abwägung zwischen den grundrechtlich geschützten Interessen einerseits und den schutzwürdigen Interessen eines anderen oder der Allgemeinheit andererseits ist eigentlich aber nichts anderes als ein Ausdruck des Grundsatzes der Proportionalität ³⁶⁶⁾.

362) BVerfGE 9, 31; 13, 341; 14, 102; 21, 27; 25, 251; 31, 179 ff.

363) Grabitz AÖR 98, 599; vgl. auch BVerfGE 63, 128 ff.

364) BVerfGE 15, 288; 27, 109

365) BVerfGE 7, 199 ff.

366) so auch

Grabitz AÖR 98, 596

Hesse: Grundzüge S. 29

Gentz: NJW 1968, 1605 hält es für dogmatisch sauberer, ausdrücklich nach der Verhältnismäßigkeit vorzugehen. Durch die Einschränkung des als schlechthin konstituierenden Grundrechts Meinungsfreiheit schade der Staat sich möglicherweise selbst und die öffentlichen Belange verlören an Gewicht

Als Rechtsgüter, um deretwillen die Meinungsfreiheit eingeschränkt werden kann, werden in Art. 5 II GG ausdrücklich genannt der Jugendschutz und der Ehrenschatz. Das bedeutet aber nicht, daß die Meinungsfreiheit in jedem Fall hinter diesen Rechtsgütern zurücktreten muß. Wenn auch der Gesetzgeber bei der Auswahl der Mittel zur Erreichung des Jugendschutzes weitgehend frei ist, ist er doch an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Der Jugendschutz darf nicht so weit gehen, daß auch Erwachsene absolut von den Informationsquellen abgeschnitten sind ³⁶⁷⁾.

(2) Konflikt zur Privatsphäre

Ein Konflikt zur Privatsphäre ergibt sich vor allem bei Presseveröffentlichungen, die den anderen kritisieren. Nicht zulässig ist es, bei Zitaten seine Kritik so einfließen zu lassen, daß es den Inhalt des gesagten entstellt wiedergibt ³⁶⁸⁾. Der Kritiker muß immer deutlich machen, wenn es sich um eine Interpretation eines Zitats handelt. Wenn Zitate veröffentlicht werden, müssen sie richtig sein ³⁶⁹⁾. Auch dürfen dem anderen nicht Äußerungen in den Mund gelegt werden, die er nicht getan hat und die seinen von ihm selbst definierten sozialen Geltungsanspruch beeinträchtigen ³⁷⁰⁾, oder erfundene Interviews veröffentlicht werden, die das Privatleben des Verletzten betreffen ³⁷¹⁾. Ebenso ist die Veröffentlichung einer durch rechtswidriges Eindringen in die Privatsphäre erlangten Aufzeichnung eines Telefongesprächs nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig ³⁷²⁾. Andererseits dürfen die Anforderungen an die Wahrheits-

367) so wurde das Versandverbot für jugendgefährdende Schriften gebilligt, weil den Erwachsenen noch der Ladenverkauf verblieb. - BVerfGE 30, 347 ff.-

368) BVerfGE 13, 338ff, BVerfG in EuGRZ 1980, 411 ff.

369) BVerfG in EuGRZ 1980, 411 ff.

370) BVerfG in EuGRZ 1980, 414 - Eppler -

371) BGH NJW 1965, 685 - Soraya -

372) BVerfG in EuGRZ 1979, 441 - Kohl u. Biedenkopf -

pflicht der Presse nicht so weit gehen, daß dadurch die Funktion der Meinungsfreiheit in Gefahr gerät. Der Presse darf kein unverhältnismäßiges Risiko auferlegt werden ³⁷³⁾. Schwere Sanktionen, wie Schmerzensgeldzahlungen sollen nur verhängt werden, wenn den Schädiger ein schweres Verschulden trifft ³⁷⁴⁾. Durch die Erstellung eines hohen finanziellen Risikos würde allgemein die Bereitschaft gemindert, in Zukunft Kritik zu üben und eine freie geistige Auseinandersetzung beeinträchtigt. An einen solchen schweren Eingriff sind strenge Anforderungen zu stellen ³⁷⁵⁾.

Zu berücksichtigen sind bei geistigen Auseinandersetzungen sowohl Thema, Form, als auch die Personen, die an ihr teilnehmen. Wenn es sich um Auseinandersetzungen über Gegenstände von allgemeinem öffentlichen Interesse handelt, dürfen an die Zulässigkeit der Kritik keine überhöhten Anforderungen gestellt werden ³⁷⁶⁾. Grundsätzlich soll die Form der Meinungsäußerung frei sein. Eine Einschränkung, die nur die Form der Meinungsäußerung betrifft, ist nach dem Grundsatz des mildesten Mittels auszurichten. Das Verbot einer wörtlichen Wiederholung einer bestimmten Behauptung ist zumutbar, wenn eine sinngemäße Wiederholung nicht verboten wird und dem Betroffenen nicht zugemutet wird, von seiner Äußerung abzurücken ³⁷⁷⁾. Die Grenze der Zumutbarkeit ist erreicht, wenn sowohl die wörtliche als auch die sinngemäße Wiederholung verboten wird ³⁷⁸⁾. Um die Spontanität der freien Rede zu gewährleisten, wird deren Zulässigkeit zu-

373) BGH NJW 1977, 1289; BVerfG EuGRZ 1980, 411

374) BVerfGE 35, 366 ff. - 'Ginseng' -

375) BVerfG in EuGRZ 1980, 416 ff.

376) BVerfGE 42, 170; EuGRZ 1980, 416 ff.

377) BVerfG in EuGRZ 1976, 316

378) BVerfG in EuGRZ 1976, 313 ff.

nächst vorausgesetzt. Überspitzungen in der Hitze der Debatte müssen in Kauf genommen werden. Der Redner darf nicht Gefahr laufen, gleich bei jeder Überspitzung in der Kritik heftigen Sanktionen ausgesetzt zu werden ³⁷⁹⁾. Derjenige, der im öffentlichen Meinungskampf zu einem abwertenden Urteil Anlaß gegeben hat, muß eine heftige Reaktion grundsätzlich auch dann hinnehmen, wenn sie sein Ansehen mindert ³⁸⁰⁾. Allgemein ist darauf abzustellen, in welchem Ausmaß der Betroffene seinerseits an dem Prozeß öffentlicher Meinungsbildung teilgenommen hat ³⁸¹⁾. Nach diesem Grundsatz müssen also die sog. Personen des öffentlichen Lebens eher einen Eingriff der Presse in ihre Privatsphäre hinnehmen als Bürger, die plötzlich in das Licht der Öffentlichkeit gerückt werden.

(3) Konflikt zur Staatssicherheit

Ein weiteres wichtiges öffentliches Interesse, das mit der Meinungs- und Pressefreiheit in Konflikt geraten kann, ist die Staatssicherheit. Auch hier führt die Wechselwirkung zwischen Grundrecht und einschränkendem Gesetz, wie sie im Lüth-Urteil entwickelt wurde, dazu, daß bei einem Konflikt zwischen Pressefreiheit und Geheimhaltung im Landesinteresse die Pressefreiheit nicht automatisch zurücktreten muß, mit der Begründung, sie setze den Bestand der Bundesrepublik Deutschland voraus und gehe mit deren Verlust auch selbst zugrunde. Auch Staatsgeschäfte unterstehen der ständigen Kritik oder Billigung des Volkes. Es ist im Einzelfall die Bedeutung der mitgeteilten Tatsachen sowohl für den politischen Gegner wie für die politische Urteilsbildung des Volkes zu berück-

379) BVerfGE 30, 347; 34, 283; EuGRZ 1980, 416 ff.

380) BVerfGE ;2, 131; 24, 286

381) BVerfG in EuGRZ 1980, 416 ff.
vgl. auch BVerfGE 54,129 ff. (138); 61,1 ff. (13); 66,116 ff. (150)

sichtigen³⁸²⁾. Die Gefahren, die der Sicherheit des Landes aus der Veröffentlichung geheimer Tatsachen erwachsen können, sind abzuwägen gegen das Bedürfnis, über wichtige Vorgänge auf dem Gebiet der Verteidigung unterrichtet zu werden³⁸³⁾. Ein Eingriff in die Meinungs- und Pressefreiheit ist also nicht schon dadurch gerechtfertigt, daß sich das Grundgesetz zu einer wehrhaften Demokratie bekennt. Hinzukommen muß noch eine konkrete Gefahr für die Sicherheit des Staates. So wurde es nicht als ausreichend angesehen, wenn jemand nach einem formellen Parteiverbot lediglich die gleiche Meinung äußert, wie sie von der für verfassungswidrig erklärten Partei vertreten wurde. Es müssen zusätzlich äußere Umstände hinzutreten, die den Eindruck erwecken, es handele sich um eine Aktion unmittelbar zugunsten der verbotenen Partei selbst³⁸⁴⁾. Solche äußeren Umstände wurden schon im KPD-Urteil³⁸⁵⁾ des BVerfG dann angenommen, wenn die Äußerung in Aufmachung und Stil der verbotenen Partei angepaßt ist oder wenn man seine frühere Stellung innerhalb der verbotenen Partei hervorhebt, um damit seine Aussage zu unterstreichen. Wenn also das Interesse der Staatssicherheit grundsätzlich die Kontrolle von Zeitungen rechtfertigen kann, deren Inhalt in verfassungsfeindlicher Absicht auf strafbare Weise die freiheitlich demokratische Grundordnung angreift, ist die Verhältnismäßigkeit aber nur dann gegeben, wenn die der Gemeinschaft drohenden Gefahren überwiegen. Eine solche Kontrolle darf keine unzumutbare Verzögerung der Beförderung der Information mit sich bringen. Die Informationsquelle muß für den Empfänger noch sinnvoll zu verwerten sein³⁸⁶⁾. So wurde im Fall der

382) BVerfGE 28, 188

383) BVerfGE 20, 176 ff. (Spiegel)

384) BVerfGE 25, 58 ff; 25, 27

385) BVerfGE 5, 380

386) BVerfGE 56, 248 ff.

Zeitung "Konkret" die Beschlagnahme von Redaktionsmaterial aus Gründen der Staatssicherheit nur gebilligt, weil der Vorwurf des Landfriedensbruches kein Bagatelldelikt war und die Berichterstattung nicht behindert wurde (es handelte sich um Material, das gar nicht veröffentlicht werden sollte) und weil dem Verlag kein wirtschaftlicher Schaden entstanden war³⁸⁷⁾. Ob die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn die Durchsuchung lediglich zum Zwecke des Ausforschungsbeweises durchgeführt worden wäre, um neue Straftaten zu ermitteln, wird nicht gesagt.

(4) Die Wende des Lüth-Urteils

Insgesamt ist festzustellen, daß sich im Bereich der Meinungsfreiheit seit dem Lüth-Urteil eine Wende in der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit vollzogen hat. Während in der Weimarer Zeit und unter dem Grundgesetz bis 1958 der Gesetzesvorbehalt bei der Meinungsfreiheit so ausgelegt wurde, daß die Meinungsfreiheit jedem anderen Rechtsgut zu weichen hatte, in der Skala der Grundrechte also ganz unten stand³⁸⁸⁾, erfährt sie durch die seit dem Lüth-Urteil angewandte Güterabwägung eine enorme Wertsteigerung. Dabei ist gar nicht entscheidend, daß das BVerfG immer wieder die Bedeutung der Meinungs- und Pressefreiheit für eine freiheitliche Demokratie betont. Wichtiger ist, daß durch die Wechselwirkung zwischen Grundrecht und einschränkendem Gesetz die Automatik durchbrochen wird, mit der vorher die Rechte aus Art. 5 GG hinter anerkannten Gemeinwohlinteressen zurücktreten mußten.^{388a)} Bei der Interessenabwägung sind nunmehr Schwere des Eingriffs in die Meinungsfreiheit und die Größe der den anderen Rechtsgütern drohenden Gefahr zu berücksichtigen. Je schwerer der Eingriff in die Meinungs-

387) BVerfGE 56, 248 ff.

388) vgl. Häntzschel, Handbuch der deutschen Staatslehre S. 679
Rothenbücher VVStRL 4,2o

388a) das ist inzwischen ständige Rechtsprechung
vgl. BVerfGE 60, 240; 61, 10 f.; 62, 243 ff.;
64, 115; 66, 131 ff.

freiheit ist, desto stärker muß auch das entgegenstehende Interesse sein. Die Einschränkungen dürfen nicht so weit gehen, daß die Funktion der Meinungsfreiheit selbst in Gefahr gerät. Nach dem Grundsatz des mildesten Mittels soll eine Einschränkung der Meinungsfreiheit nur erfolgen, wenn auf andere, weniger belastende Weise die Gefahr für das andere Rechtsgut nicht beseitigt werden kann. Mit der Güterabwägung stellt das BVerfG ein angemessenes Verhältnis her zwischen der Meinungsfreiheit und den anderen Rechtsgütern. Die Befürchtung, dadurch würden Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit staatlicher Entscheidungen unterlaufen^{388b)}, hat sich nicht bewahrheitet. Diese Kritik übersah nämlich, daß im Grundgesetz - im Gegensatz zur WRV - die unbedingte Bindung staatlicher Gewalt an die Grundrechte festgelegt ist.^{389a)}

9. Zusammenfassung und Wertung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß heute bei fast allen Grundrechten Einschränkungen auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft werden³⁹⁰⁾. Das BVerfG nennt nicht immer den gesamten Bereich der Verhältnismäßigkeit, sondern oft nur die Punkte, die nicht von vornherein eindeutig beachtet worden sind. Es ergibt sich in der Strenge der Prüfung

389) Lerche: Übermaß S. 150, MDH Art. 5 Rdn. 235

390) Gentz: NJW 1968, 1601
Grabitz - AÖR 98, 600 - kommt allerdings zu einem anderen Ergebnis, weil er aus der unterschiedlichen Strenge der Verhältnismäßigkeitsprüfung den m.E. falschen Schluß zieht, das BVerfG sehe hier die Verhältnismäßigkeit nicht

388b) vgl. BVerfGE 62, 230 ff. (243 ff.)

389a) Die Wechselwirkung zwischen Grundrecht und einschränkendem Gesetz ist inzwischen allgemein für den Vorbehalt des Gesetzes anerkannt. vgl. BVerfGE 67, 157 ff. für das G 10

eine Abstufung ³⁹¹⁾. Bei Eingriffen in die persönlichen Freiheitsrechte wie Leib, Leben und Privatsphäre, aber auch in Berufswahl und die Kommunikationsrechte, werden hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit gestellt. Die Einschränkung soll hier nur ultima ratio sein. Der Grundsatz des mildesten Mittels ist besonders zu beachten. Die Mißbilligung von Eingriffen ist die Regel.

391) Grabitz AÖR 98, 602 ff. nennt Abstufungen:

- (1) legislatorische Konkretisierungskompetenz
hier kann der Gesetzgeber lediglich verfassungsmäßig vorgegebene öffentliche Interessen konkretisieren. (sog. absolute öffentl. Interessen) - bei Freiheit der Personen -
- (2) willkürfreie legislatorische Qualifikationskompetenz
hier ist Rechtfertigungsgrund jeder vernünftige Grund des Allgemeinwohls
- (3) negativ gebundene Qualifikationskompetenz
hier darf die Wertung des Gesetzgebers nicht offensichtlich der Wertordnung des Grundgesetzes widersprechen - bei subjektiver Berufszulassung und Eigentumsregelungen -
- (4) legislatorische Qualifikationskompetenz
hier darf der Gesetzgeber die Einschränkung nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit treffen. Maßstab der Wertung ist die Verfassung. Es bedarf des positiven Nachweises, daß die Qualität der öffentlichen Interessen überwiegt.
- Beim Recht auf körperliche Unversehrtheit, bei objektiven Berufszulassungsregeln -
ebenso: Freiheit und Verfassungsrecht S. 64 - 71.

Seiner Ansicht nach hat diese Abstufung auch Auswirkungen auf den Grad der Verhältnismäßigkeit. Je größer die dem Gesetzgeber eingeräumten legislatorische Kompetenz ist, je mehr tritt die Forderung nach der Verhältnismäßigkeit zurück, bis schließlich nur noch die Grenze der Willkür übrig bleibt (Freiheit und Verfassungsrecht S. 84 - 100)

Die Betätigung im wirtschaftlichen Bereich unterliegt nicht solch einem strengen Schutz. Einschränkungen sind zwar ebenfalls nur im öffentlichen Interesse zulässig, doch finden hier auch Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte Berücksichtigung. Bei der Bestimmung von Inhalt und Grenzen des Eigentums (und seiner Nutzung) hat der Gesetzgeber einen weitgehenden Gestaltungsspielraum. Hier wird in der Regel grundsätzlich davon ausgegangen, daß eine durch den Gesetzgeber vorgenommene Einschränkung durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist. Die Zulässigkeit der staatlichen Maßnahme ist die Regel, die Unverhältnismäßigkeit ist die Ausnahme. Die Verhältnismäßigkeit muß nicht nur bei der generellen Regelung gewährleistet sein, sondern auch bei der Ausführung im Einzelfall.

V. Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseinschränkungen durch den Gesetzgeber in den USA

Wie bereits vorne erörtert, ist im Gegensatz zum Grundgesetz in der bill of rights für den Gesetzgeber keine ausdrückliche Ermächtigung zur Einschränkung von Grundrechten vorgesehen. Es wäre jedoch falsch, daraus den Schluß zu ziehen, daß der Gesetzgeber keinerlei Möglichkeiten hätte, öffentliche Interessen gegenüber Grundrechten durchzusetzen. Die Auffassung der ordered liberty und die damit verbundene Selbstbeschränkung des "man in society" und des "limited government" führte zu der Erkenntnis, daß Freiheit nicht grenzenlos sein kann.

1. Die police power als Ermächtigungsgrundlage für den Gesetzgeber

Daß der Gesetzgeber überhaupt regelnd und lenkend eingreifen kann, ergibt sich daraus, daß dem Bund und den Einzelstaaten in gewissen Bereichen eine Regelungskompetenz eingeräumt wird. So sind in Abschnitt 8 der Verfassung von 1787 die

wichtigsten Kompetenzen des Bundes zusammengefaßt, insbesondere die commerce power. Den Einzelstaaten verblieben die Kompetenzen, die nicht ausdrücklich dem Bund zugesprochen waren ³⁹²⁾.

a. Der weite Begriff der police power als Zuständigkeitsregelung

Die Frage der police power war zunächst eine reine Frage der Zuständigkeit von Bund und Einzelstaaten im commerce-Bereich. Die police power der Einzelstaaten war nichts anderes als die jeder Souveränität innewohnender "power to govern men and things" ³⁹³⁾. Dabei wurde die police power fast ausschließlich als gesetzgebende Gewalt verstanden ³⁹⁴⁾. Dieser weite Begriff der police power hat seine Wurzeln in Lockes Begriff der legislative or supreme power ³⁹⁵⁾. Lockes Verständnis der Gesetzgebung ging dahin, daß diese nur zum öffentlichen Wohl ausgeübt werden darf und Rechte des Bürgers nur im Interesse der Allgemeinheit eingeschränkt werden dürfen.

b. Der enge Begriff der police power als Schutz von public safety, health and morals

Daneben trat dann aber in der Rechtsprechung zur contract clause der aus dem common law abgeleitete enge Begriff der police power. Hier wird die police power als Gefahrenabwehr definiert. Das Gemeinwohl ist Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen. Die police power beschränkt sich auf public health, safety and morals, entsprechend dem Begriff der öffentlichen Sicherheit und

392) der Begriff police power wurde zum ersten Male gebraucht von chief justice Marshall in Brown v. Maryland - 12 Wheat 419, 443 (1827)-

393) Chief justice Taney in den Licence cases - 5 How 504, 583 (1847) -

394) Ehmke: Wirtschaft und Verfassung S. 128

395) 2nd Treatise of civil government Kap. XI

Ordnung 396). Daß die Rechtsprechung zur contract clause die police power eng auslegen mußte, erklärt sich zwangsläufig aus der starken Betonung der vested rights, der wohlerworbenen Rechte. Vested rights konnten vom Gesetzgeber grundsätzlich nicht eingeschränkt werden und nachträglich allenfalls verbessert werden. Ein Gesetz war im Zweifel so auszulegen, daß es die vested rights nicht beeinträchtigte. Der Gesetzgeber durfte in bestehende Verträge nicht eingreifen. Bei öffentlichen Verträgen ist auch der Staat wie ein Privatmann zu behandeln, das heißt, er ist ebenfalls an einmal geschlossene Verträge gebunden 397). Befugnisse des Staates, die über die eines Privatmannes hinausgingen, sollten eine Ausnahme darstellen, die eng interpretiert werden mußte. Dem Gesetzgeber wurde Vorsicht geboten bei staatlichen Akten gegen das Eigentum. Änderungen von lands grants, charters und Steuerbefreiungen wurden nicht gebilligt 398). Die Vorrangstellung der vested rights war so gefestigt in der contract-clause-Rechtsprechung, daß eine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen gar nicht stattfand 399). Die police power berechnete lediglich dann zu Eingriffen, wenn es notwendig war zum Schutz von public health, safety and morals. So wurden Einschränkungen des Lotteriespiels aus Gründen der Moral gebilligt 400). Das Alkoholverbot wurde ge-

396) Ehmke: Wirtschaft und Verfassung S. 129 ff.; 289 ff.

397) das war allerdings zunächst noch umstritten
J. Story bejaht es in seiner dissenting
opinion im Dartmouth College Fall
- 4 Wheat 518 -

398) vgl. Fletcher v. Peck - 6 Cranch 87 -
New Jersey v. Wilson - 7 Cranch 164 -
Finstees of Dartmouth College v. Woodward
- 4 Wheat 510 -

399) Ehmke: Wirtschaft und Verfassung S. 239 ff.
290 ff.

400) Phalen v. Virginia - 8 How 163, 168 (1850)
Boyd v. Alabama - 94 US 645, 650 (1877) -

rechtfertigt aus Gründen der Volksgesundheit 401). In der Frage von Beamten-Verträgen wurde unterschieden zwischen der nachträglichen Herabsetzung von Entgelten für geleistete Dienste, die nicht gebilligt wurden, und späteren Änderungen (mit exnunc Wirkung) die nicht ausgeschlossen wurden 402). Bei privaten Verträgen unterschied man zwischen obligation (die eigentliche Verbindlichkeit des Vertrages) und remedies (Verfügungen über Rechtsbehelfe). Unantastbar waren die Bestandteile des Vertrages, während Beschränkungen, die nicht die eigentlichen Vertragspflichten betrafen, zur Wahrung von public health, safety and morals möglich waren 403).

c. Die Ausweitung der police power

Eine Ausweitung der police power brachten die Granger-Fälle, die die Abkehr von der contract-clause-Rechtsprechung und den Übergang zum substantiv due process einleiteten 404). Geschäfte, die mit öffentlichen Interessen zusammenhängen und Besitz, der dem öffentlichen Interesse gewidmet ist - die sog. utilis - können reguliert werden. Damit wurde nicht nur eine weitere Beschränkung der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis der Einzelstaaten ermöglicht, es wurde auch dem Bund eine polizeiliche Regelungsbefugnis zugestanden, die über den Zuständigkeitskatalog der Bundesverfassung hinausging. "Business affected with

401) Boston Beer Co v. Massachusetts - 97 US 25/1878) -
vgl. auch Slaughterhouse cases - 16 Wall 36 -

402) Butler v. Pensilvenia 10 How 400

403) Sturges v. Crowninshield - 4 Wheat 122 -

404) Munn v. Illinois - 94 US 113 -
Chicago B. & Q.R.Co.v.Iowa - 94 US 164 -
Chicago M. & St.P.R.Co. v. Ackley - 94 US 179 -
Wimmona & St.P.R.Co.v.Blake - 94 US 180 -
Stone v. Wisconsin - 94 US 181 -
- alle 1877 -

public purpose" waren nunmehr auch bundesgesetzgeberischen Regelungen unterworfen. Die public power ermächtigte generell den Gesetzgeber "to protect the lives, health, morals, comfort and general welfare of the people" und stand höher als das Vertragsrecht zwischen Privatpersonen ⁴⁰⁵⁾. Alle Rechte des einzelnen können generell der police power unterliegen ⁴⁰⁶⁾.

In der wirtschaftlichen Krisenzeit der 20iger und 30iger Jahre mit dem Aufkommen des new deal erstreckte sich die police power nicht mehr nur auf public utilis, sie diente auch der Rechtfertigung von Eingriffen in Verträge zwischen Privaten, die bloße private Vermögensrechte betrafen ⁴⁰⁷⁾. Die Gesetze wurden zunächst als Ausnahmefälle in Notzeiten gerechtfertigt ⁴⁰⁸⁾. Der in dieser Beziehung bekannteste Fall Home Building & Loan Ass. v. Blaisdell ⁴⁰⁹⁾ stellte noch sehr verklausulierte und strenge Anforderungen an solche "Notstandsgesetze", weil man sich bewußt war, daß hier eine revolutionäre Ausweitung der police power eingeleitet wurde und weil man einen Mißbrauch dieser erweiterten police power befürchtete. Es wurde verlangt, daß ein Unterstützungsgesetz nur auf die Schuldner Anwendung findet, deren erlittener Schaden wirklich zur Krise kausal war. Das Gesetz mußte sachlich und zeitlich auf die Krisenzeit beschränkt sein und nachher wieder aufgehoben werden. Die Unterstützung durfte nicht ohne jede Bedingung vergeben werden und durfte nur gewährt werden,

405) Manigault v. Springs 199 US 473, 480

406) Hudsonwater Co v. McCarter - 209 US 349 -

407) M.v.Grünigen: Die contract clause S. 44

408) Zur Behebung der Nachkriegs-Wohnraumnot wurden vor allem Eingriffe in Mietverträge gebilligt.

Marcus Brown Holding Co Inc.v.Feldmann 256 US 170 (1921) -

Levy Leasing Co.v.Siegel - 258 US 242 (1922)

409) 290 US 398 (1934)

wenn das öffentliche Interesse sie erforderte. Im übrigen mußten sich die Gesetze an das Gebot der reasonableness halten. Trotz dieser Vorbehalte war damit generell die police power als allgemeine Grundlage für staatliche Eingriffe in wirtschaftliche Freiheiten anerkannt.

d. Zusammenfassender Überblick der Entwicklung der police power

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die police power eine Entwicklung durchgemacht hat, die eine stufenweise Erweiterung der generellen Regulierungskompetenz des Bundes mit sich brachte. Zunächst umfaßte die police power nur die den Einzelstaaten verbleibende Gewalt. Staatliche Eingriffe in bestehende Verträge waren im Hinblick auf den fest verankerten Schutz der vested rights fast unmöglich. Die enge Auffassung der police power ließ Einschränkungen nur zum Schutz von public health, safety and morals zu. Der heutige Begriff der police power umfaßt neben der reinen Gefahrenabwehr auch die Förderung der allgemeinen Wohlfahrt⁴¹⁰⁾. Die Einbeziehung neuer Anwendungsgebiete für die police power brachte verständlicherweise sofort die Befürchtung mit, die police power könne durch den Staat mißbräuchlich ausgenutzt werden. Diesen "Auswüchsen" ist der supreme court jedoch entgegengetreten, indem er die Anwendung der police power von den Voraussetzungen der reasonableness abhängig machte:

- (1) Der Eingriff muß im Interesse der Allgemeinheit liegen.
- (2) Der Eingriff muß einen der Allgemeinheit drohenden Nachteil verhindern.
- (3) Die Mittel müssen der Erfüllung des angestrebten Zweckes adäquat sein und dürfen weder arbitrary noch oppressive sein.

410) M.v.Grünigen: Die contract clause S. 39 f. sieht hierin das schwerwiegendere Problem als in der Ausdehnung des Begriffs der police power

Einigkeit herrscht darüber, daß auch die police power nicht unbegrenzt ist. Wie weit diese Grenzen gesetzt sind, welches die Maßstäbe für diese Grenzen sind und wie sie sich innerhalb der staatlichen Entwicklung von Zeit zu Zeit verändern, soll die weitere Untersuchung der Arbeit zeigen. Festgestellt werden kann jetzt schon, daß sich keine der Extreme durchgesetzt hat, weder die eine, die der police power in jedem Fall den Vorrang vor jeglichem Vertrag einräumt, weil jeder Vertrag unter dem Vorbehalt der police power geschlossen sei ⁴¹¹⁾, noch die andere, die dem Staat innerhalb der police power überhaupt keine Vertragskompetenz zugesteht ⁴¹²⁾.

2. Die Steuergewalt (taxpower) als Ermächtigungsgrundlage für den Gesetzgeber

Die Steuergewalt ergibt sich ebenso wie die police power aus der Souveränität des Staates. Sie bildet die Grundlage für die wirtschaftliche Existenz des Staates. Die taxing power liegt ausschließlich bei der Legislative ⁴¹³⁾. Konflikte konnten vor allem dann auftauchen, wenn der Staat innerhalb seiner Steuerhoheit verliehene Steuervergünstigungen ändern oder widerrufen wollte. Teilweise wurde darin gerade die Ausübung der Steuergewalt gesehen ⁴¹⁴⁾. Prinzipiell wurden die Steuervergünstigungen mit der Steuergewalt des Staates als vereinbar angesehen, weil sie als partielle

-
- 411) Freund: Police power S. 82 ff.
Freund: Das öffentliche Recht der USA S. 52f.
J. Harlan in New Orleans Gaslight Co. v. Louisiana Light Manufacturing Co. - 115 US 650 (1885) -
J. Pitney in Atlantic Coast Line RR v. City of Goldsboro - 232 US 548 (1914) -
- 412) Freund: Police power S. 262 ff.
Mitchell: The contracts of publ. Authorities S. 98
- 413) Mitchell: The contracts of publ. Authorities S. 112
- 414) J. Mc Lean in Pigna Branch v. Knoop - 16 How 369 (1853) -

Ausnahmen die Steuergewalt und die Existenz des Staates nicht in Frage stellen konnten. Abgelehnt wurde aber einmütig die Aufrechterhaltung allumfassender Steuerfreiheiten ⁴¹⁵⁾. Die tax exemptions wurden an zwei strenge formelle Voraussetzungen gebunden. Die Steuervergünstigung mußte im Vertrag ausdrücklich aufgeführt sein. Der Steuervergünstigung mußte quasi als Gegenleistung ein adäquater Vorteil für den Staat gegenüberstehen (consideration) ⁴¹⁶⁾. Das Erfordernis der ausdrücklichen Erwähnung im jeweiligen Vertrag führte dazu, daß eine innerhalb eines allgemeinen Gesetzes aufgeführte Steuervergünstigung nicht bindend für den Staat war ⁴¹⁷⁾. Steuervergünstigungen wurden verpersönlicht und nicht mehr objektsbezogen gesehen, wie es noch chief justice Marshall getan hatte. Sie waren unübertragbar und mußten z.B. bei der Fusion zweier Gesellschaften oder bei Neuerwerbung einer Gesellschaft neu bestellt werden ⁴¹⁸⁾. Insgesamt wurden Steuervergünstigungen nach der "strict construction" streng gegen den Beliebenen interpretiert und zugunsten des Staates gehandhabt ⁴¹⁹⁾.

3. Die Enteignungsgewalt als Ermächtigungsgrundlage für den Gesetzgeber

Die power of eminent domain ist ebenfalls Ausdruck der souveränen Staatsgewalt. Enteignungen dürfen nur vorgenommen werden, wenn es das öffentliche Wohl zwingend erfordert. Sie ziehen zwingend eine

415) M. v. Grünigen: Die contract clause S. 53

416) New Jersey v. Wilson - 7 Cranch 164 (1812 - Providence Bank v. Billings - 4 Pet 514 (1830) - Christ Church v. Philadelphia - 24 How 300 (1860) -

417) Salt Co v. Saginaw - 13 Wall 373 (1872) -

418) M.v. Grünigen: Die contract clause S. 51
vgl. Milsap college v. City of Jackson - 275 US 129 (1927) -

419) vgl. die Entwicklung von University v. people - 99 US 309 (1878)
bis Chicago Theological Seminary v. Illinois - 188 US 622 (1903)

Entschädigung nach sich. Einerseits geht also die Enteignungsgewalt weiter als die police power, weil sie auch schwerwiegendere Eingriffe rechtfertigen kann. Andererseits kann die Wirkung des Eingriffs geringer sein, weil dem Enteigneten durch die Entschädigung wenigstens der Wert des Eigentums erhalten bleibt⁴²⁰⁾. Rechtfertigung für die Enteignungskompetenz ist der Schutz des Staates und das Gemeinwohl. Sie darf deshalb nur ausgeübt werden zur Erlangung der notwendigen Güter zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben⁴²¹⁾. Die Entschädigung muß allerdings nur geleistet werden, wenn der Staat in einem Vertrag positiv ein Recht verliehen hat, das dann entzogen wird. Nicht geschützt ist dagegen ein negatives Recht, bei dem der Staat lediglich ein grundsätzliches Recht nicht wahrnimmt, wobei die Auswirkungen eines Eingriffs hier genauso schwerwiegend sein können. Krasseste Ungerechtigkeiten werden dadurch vermieden, daß an die allgemeine Zulässigkeit dieser negativen Rechte strenge Voraussetzungen geknüpft werden.

4. Zusammenfassung und Vergleich

Insgesamt leiten sich alle dem Staat zugebilligten Regelungskompetenzen von der Staatsouveränität ab. Die Selbstbindung des Staates und der Gedanke des limited government bewirken aber, daß diese Souveränität nicht unbegrenzt ist. Übereinstimmendes Merkmal ist, daß Rechte der Bürger nur im allgemeinen Interesse eingeschränkt werden dürfen. Dem Staat sind Bedingungen auferlegt, die Veränderungen nur unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen möglich machen. Im Bereich der Steuer-

420) M.v.Grünigen: contract clause S. 54

421) WestRiver Bridge v. Dix - 6 How 507 (1848) -
Pennsylvania Hospital v. Philadelphia
- 245 US 20 (1917) -

gewalt tritt die Bindungswirkung ein, wenn formale Voraussetzungen vorliegen. Bei der Enteignungsgewalt ist entscheidender Gesichtspunkt der Zweck. Zwangsläufige Folge ist die Entschädigung. Nichts anderes als Zweckausrichtung ist auch, wenn gefordert wird, daß die police power nur zum Schutz von public health, safty and morals gebraucht werden darf. Im Gegensatz zur Enteignungsgewalt fehlt hier aber die Entschädigung, so daß die Hemmschwelle für den Staat, Einschränkungen vorzunehmen, geringer ist, andererseits die Auswirkungen des Eingriffs für den Betroffenen schwerwiegender sein können. Korrektiv bleibt nur noch die Forderung nach der reasonableness der Einschränkung.

Wenn hier auch eine gewisse Abstufung innerhalb des Gestaltungsbereichs des Staates festgestellt werden kann, ist diese m.E. aber doch nicht zu vergleichen mit den Vorbehalten nach dem Grundgesetz. Die Vorbehalte im Grundgesetz weisen dem Gesetzgeber bei den jeweiligen Grundrechten von vornherein einen bestimmten Platz zu. Die Leine, an der der Gesetzgeber geführt wird, hat von vornherein bei den verschiedenen Grundrechten auch eine verschiedene Länge. Die Länge dieser Leine bestimmt sich durch den Stellenwert, den der Verfassungsgeber dem jeweiligen Grundrecht innerhalb der Verfassung beimißt. Eine solch detailliert abgestufte Grundrechtsskala gibt es in der amerikanischen Verfassung nicht ⁴²²⁾. Was auffällt, ist aber eine Unterscheidung hinsichtlich der im 1. Amentment geschützten persönlichen Freiheiten (liberties) und der wirtschaftlichen Betätigung. Im wirtschaftlichen Bereich wurde in der Verfassung eine Einschränkung der dem Staat gegebenen Kompetenz nicht festgelegt. Es wurden lediglich Voraussetzungen entwickelt, bei denen der Gesetzgeber an einmal ge-

422) im Ergebnis ebenso: Stalder: Preferred freedom S. 104 - 110. Er beschränkt jedoch seine Untersuchung auf die Abstufung zwischen Religionsfreiheit und Meinungsfreiheit.

troffene Entscheidungen gebunden war und Veränderungen nicht mehr vornehmen konnte. Die Betonung liegt auf der freien Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers innerhalb des ihm zugestandenen Kompetenzbereiches, nicht von vornherein auf Beschränkung der Kompetenz. Der Bürger wurde geschützt vor Veränderungen, die ihm nicht zumutbar waren. Im Bereich der liberties ist durch das 1. Amentment ein Schutz vor gesetzgeberischer Verkürzung in der Verfassung ausdrücklich festgelegt. Diese Beschränkung trifft vor allem die police power. Aber auch dies bedeutet nicht, daß der Gesetzgeber im Bereich der liberties nun gar keine Gestaltungskompetenz hätte. Allerdings ist hier die gesetzgeberische Freiheit geringer. Die Schranke wird gesetzt durch die due process Formel des 5. und des 14. Amentments, das darüber hinaus auch noch die equal protection und die privileges and immunities clause enthält. Zunächst bezog sich der due process of law nur auf die Einhaltung formeller Kriterien. Noch in den Fällen *Ker v. Illinois* 423) und *Friskie v. Collins* 424) war man davon ausgegangen, daß sich der due process beschränkt in der Garantie eines formell fairen Verfahrens, ohne Rücksicht darauf, mit welchen Methoden der Gefangene unter die staatliche Gerichtsbarkeit gelangt ist. Als ausreichend wurde angesehen, wenn der Angeklagte von den Anklagepunkten gegen ihn unterrichtet ist und nach einer fairen Voruntersuchung in Übereinstimmung mit den Verfahrensvorschriften Anklage erhoben wird. Die Frage nach dem due process stellte sich lediglich im Rahmen von Strafverfahren. Die Auslegung der due process Klausel in substantieller Sicht als materielle Kompetenzschranke erfolgte zunächst im wirtschaftlichen Bereich 425). Der economic due

423) 119 US 436/444 (1888)

424) 342 US 519 (1952)

425) Beginn waren die Entscheidungen *Wynehamer v. New York* - 13 NY 378 (1856 - *Scott v. Sandford* - 19 How 393/450 (1857) wo mit Hilfe des due process an die Lehre von den vested rights angeknüpft wurde.

process wurde zum absoluten Schutz der Vertragsfreiheit. Die Abkehr vom economic due process während des new deal leitete dann über zu einer Ausweitung der liberties und erstreckte den substantive due process nun auch auf die liberties. Gesetze wurden mit dem substantive due process materiell überprüft auf Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit. Auf den due process soll später eingehender eingegangen werden. Hier kann zunächst festgestellt werden, daß die Kompetenzen des Gesetzgebers eine Entwicklung durchgemacht haben, die von einer weitgehenden Gestaltungsfreiheit, über die Wahrung von formellen Erfordernissen bis hin zur materiellen Überprüfung geht. Die Entwicklung vollzieht sich aber nicht von Grundrecht zu Grundrecht unterschiedlich, sondern kann bei allen Grundrechten festgestellt werden.

VI. Der Wesensgehaltsschutz in der amerikanischen Rechtsprechung zu den Grundrechten

Es wurde bereits vorne darauf hingewiesen, daß in der amerikanischen Verfassung Grundrechtseinschränkungen nach dem Wortlaut nicht vorgesehen sind. Andererseits wurde nun festgestellt, daß auch die dem Staat zugestandenen Regulierungskompetenzen nicht von vornherein genau festgelegten Bereichen unterliegen und dem Gesetzgeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit eingeräumt wird. Sowohl die dem Bürger als auch die dem Staat zugestandenen Betätigungsfelder sind grundsätzlich nicht fest eingegrenzt, so daß es in vielen Fällen zu Überschneidungen und Konflikten kommen kann, bei denen zwangsläufig eine der beiden Kompetenzen zurücktreten muß. Da die Verfassung beide Kompetenzen grundsätzlich gleich behandelt, ergibt sich aus dem Wortlaut keine Lösung des Konfliktes, der etwa einer von beiden in jedem Fall den Vorrang vor der anderen zuerkennt. Andererseits ist man sich aber darüber einig, daß der Gesetzgeber nicht allmächtig ist und außerhalb jeglicher Nachprüfung steht. Judge Iredell

warnt im *Calder Fall* in seiner dissenting opinion sogar ausdrücklich davor, dem Gesetzgeber keine Schranken zu setzen, während die Mehrheit des Gerichtes auf die Selbstbeschränkung der Legislative vertraut und eine ausdrückliche Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung nicht vornehmen will. Die bedeutenden Prinzipien einer freiheitlich demokratischen Gesellschaft würden einen Mißbrauch der Macht durch die Legislative verhindern⁴²⁶⁾. Diese Betonung der bedeutenden Prinzipien einer freiheitlich demokratischen Gesellschaft lassen darauf schließen, daß es gewisse Kernbereiche menschlicher Freiheiten gibt, die der Gesetzgeber in keinem Fall aufheben darf. Eine ausdrückliche Bestimmung, die wie Art. 19 II GG eine Wesensgehaltsgarantie enthält, gibt es in der amerikanischen Verfassung nicht. Man findet aber bestimmte Prinzipien, auf deren Beachtung großer Wert gelegt wird.

1. Die vested rights

Das naturrechtliche Denken geht davon aus, daß gewisse Rechte so grundlegend sind, daß sie dem staatlichen Schutz unterstellt sind, von der staatlichen Kontrolle jedoch ausgenommen sind. Hierzu gehören vor allem die Eigentumsrechte (*property*)⁴²⁷⁾. Die wohlerworbenen Rechte dürfen weder ohne Entschädigung entzogen werden, noch durch Vorbehaltsklauseln im Vertrag, die den Staat zu nachträglichen Änderungen ermächtigen (*reserved power*), verletzt werden⁴²⁸⁾. Auch durch die *reserved power* können nicht die Kompetenzen beschnitten werden, die dem Rechtsinhaber ursprünglich verliehen worden

426) *Calder v. Bull* - 3 Dall 386 -

427) Alfred H. Kelley: *The american constitution*
S. 193

428) J. Paterson in *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*
- 2 Dall 304 -

sind 429). Die "charters of incorporation" können ergänzt und widerrufen werden nur soweit die Änderungen nicht in die vested rights eingreifen 430). Diese Unterscheidung entspricht auch in etwa der Trennung zwischen obligation und remedies, die Chief Justice Marshall im Sturges Fall vornahm 431). Die vested rights beinhalten jedoch nicht nur den Kernbereich der Eigentumsgarantie, sondern alle sich aus einmal verliehenen Privilegien ergebenden Rechte 432). So wurde noch im Dred-Scott-Fall das Sklaveneigentum als vested right angesehen, das der Kongress nicht beeinträchtigen durfte, indem er z.B. die Sklaverei abschaffte 433). Es war zu diesem Zeitpunkt unvorstellbar, daß aufgrund eines Gesetzes in wohlverworbene Rechte eingegriffen werden konnte 434). Wer Eigentum besitzt, soll auch die unumschränkte Nutzungsmöglichkeit haben 435). Im Arbeitsverhältnis wurde der Besitz des Unternehmers höher eingestuft als die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Der Wert der erbrachten Arbeit wurde nicht vom Arbeiter bestimmt, sondern davon, wie der Unternehmer sie einschätzte 436). Forderungen nach Lohnerhöhung waren unzulässig, da sie zu einer Steigerung der Produktionskosten führten, der Profit des Unternehmers geschmälert wurde und so seine Besitzposition beeinträchtigt wurde 437). Wenn auch später den Arbeitern ein grundsätzliches Koalitionsrecht zugestanden wurde, blieb der Zusammenschluß zur Durchsetzung von Lohnforderungen im Ergebnis noch lange Zeit dann

429) Philips Petroleum Co v. Jenkins - 297 US 629 (1936)

430) Combes v. Getz - 285 US 434 (1932)

431) Sturges v. Crowninshield - 4 Wheat 122

432) Ehmke: Wirtschaft und Verfassung S. 220

433) Scott v. Sandford - 19 How 393 -
Diese Entscheidung löste mittelbar den Bürgerkrieg aus

434) J. Comstock in Wynehamer v. New York - 13 NJ 378 -

435) J. Tanney in Bloomer v. Mc Quewan - 14 How 553 -

436) Gregory S. 18 f.

437) Philadelphia cordwainers cases, überliefert von Commons S. 59

rechtswidrig, wenn dadurch vested rights des Unternehmers beeinträchtigt wurden ⁴³⁸⁾.

Der Schutz des property in den Anfangsjahren der USA war personell ausgerichtet. Die vested rights waren Rechtspositionen eines einzelnen. Auf dieser gesicherten Rechtsstellung, die auch der Staat nicht zu seinen Ungunsten abändern durfte, beruhte die persönliche Unabhängigkeit des Bürgers. Der supreme court schützte durch Anerkennung der vested rights in der contract-clause-Rechtsprechung den wirtschaftlichen und sozialen status quo. Diese Bindung des Staates an einmal getroffene Abmachungen diente einerseits auch dem Allgemeininteresse. Andererseits konnte es aber auch dazu führen, daß der Staat den Sonderinteressen einzelner ausgeliefert wurde, weil er von einmal geschaffenen Privilegien nicht mehr los kam. Das führte im Zeitalter der Industrialisierung zur Monopolbildung einzelner Corporations, die vom Staat nur schwer verhindert oder beseitigt werden konnte.

2. Vertragsfreiheit

Vom Schutze der vested rights war es dann kein weiter Schritt mehr, der allgemeinen Vertragsfreiheit eine absolute Stellung einzuräumen.

a. Die absolute Sicht in der economic due process-Rechtsprechung des laissez faire

Mit der rapiden Entwicklung der Industrie nach dem Bürgerkrieg trat der Gedanke des laissez faire weiter in den Vordergrund. Kontrolle und Beschränkung der Wirtschaft waren verpönt. "Liberty" wurde vor allem aufgefaßt als freies Handeln, freier Unternehmergeist und freier Wettbewerb ⁴³⁹⁾.

438) Commons: a documentary history III S. 385

439) siehe auch die Verteidigungsrede von RA Cambell in den Slougherhouse cases - 16 Wall 36 -

Eingriffe in die Vertragsfreiheit wurden nur nach strengen Maßstäben gebilligt.

Die Regulierung von Arbeitslöhnen widersprach grundsätzlich dem *laissez faire*. Die Festsetzung von Mindestlöhnen wurde noch bis zum *new deal* für verfassungswidrig gehalten ⁴⁴⁰⁾. Die Vertragsfreiheit sei verletzt, wenn die Arbeitnehmerseite einseitig bevorteilt werde. Der Arbeitgeber werde gezwungen, eine unfreiwillige Armenbeihilfe zu zahlen, obwohl er für die Verhältnisse des Arbeitnehmers nichts könne. Die Vertragsfreiheit erfordere es, daß Leistung und Gegenleistung in einem äquivalenten Verhältnis zueinander stünden ⁴⁴¹⁾. In *Adair v. US* sah der *supreme court* die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers durch das Verbot von sog. *yellow dog* Verträgen bereits dadurch beeinträchtigt, daß er das Recht abgesprochen bekam, die Arbeitsleistung zu von ihm vorgeschriebenen Bedingungen einzukaufen ⁴⁴²⁾. Bestätigt wurde dies noch einmal ausdrücklich in dem Fall *Coppage v. Kansas*, wo ausdrücklich auf die Einschränkung der Vertragsfreiheit des Unternehmers hingewiesen wurde ⁴⁴³⁾. In *Hitchmann Coal & Corte Co v. Mitchell* wurde die Durchsetzung von *yellow dog* Verträgen, die gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer von der Anstellung ausschlossen, sogar durch das Rechtsmittel der einstweiligen Verfügung sanktioniert ⁴⁴⁴⁾.

Einschränkungen der Vertragsfreiheit waren unter dem *laissez faire* nur zulässig, wenn sie zum Schutz für Sicherheit, Gesundheit und öffentlicher Moral notwendig war. Aber selbst, wenn der *supreme court* aus den oben genannten Gründen ausnahmsweise eine

440) vgl. *Morehead v. New York, ex re Tipal do*
298 US 587

441) *Adkins v. Childrens Hospital* - 261 US 525 -

442) 208 US 161

443) 236 US 1

444) 245 US 229

Einschränkung billigte, betonte er ebenfalls den grundsätzlichen Rang des Rechtes auf freie wirtschaftliche Betätigung ⁴⁴⁵⁾. Die Festsetzung von Arbeitszeiten ist aus gesundheitspolitischen Gründen noch zu rechtfertigen. Im Fall *Lochner v. New York* hatte der supreme court noch ein Gesetz aufgehoben, das in Bäckereibetrieben den 10 Stunden Tag einführte ⁴⁴⁶⁾. In *Bunnting v. Oregon* erklärte das Gericht die allgemeine Festsetzung eines 10 Stunden Tages für Fabriken als Gesundheitsmaßnahme für gerechtfertigt ⁴⁴⁷⁾. Auch das Verbot der Nachtarbeit fiel unter den Gesundheitsschutz ⁴⁴⁸⁾. Das Verbot der Kinderarbeit war bereits 1913 als gesundheitspolizeiliche Maßnahme gebilligt worden ⁴⁴⁹⁾. Aus Sicherheitsgesichtspunkten wurde eine staatliche Regulierung der Haftpflicht bei Betriebsunfällen gebilligt ⁴⁵⁰⁾. Haftungsbeschränkende Verträge wurden ausgeschlossen ⁴⁵¹⁾.

In den Gründerjahren hatten die Staaten die individuell bestimmten Rechtspositionen einzelner unter ihren Schutz gestellt. Die contract-clause-Rechtsprechung hatte die vested rights in Verfassungsrang erhoben. Mit dem beginnenden Industriekapitalismus wurden korporative Rechtspositionen zu bestimmenden Elementen der wirtschaftlichen und sozialen Gesamtstruktur. Sie waren nicht mehr länger Privatangelegenheiten. Die immer stärker werdende Kontrolle der Einzelstaaten über einheitliche Wirtschaftsbereiche konnte nur durch eine Ausweitung der police power gerechtfertigt werden ⁴⁵²⁾. Der

445) *Powell v. Pensilvania* - 127 US 678 -
Lawton v. Steele - 152 US 133/137 -
Friskie v. US - 157 US 160/165-

446) *Lochner v. New York* - 198 US 45-

447) 243 US 426 (damit war der *Lochner*-Fall stillschweigend overruled)

448) *Radice v. New York* - 264 US 292 -

449) *Sturges v. Crowninshield* - 4 Wheat 122 -
Burn Mfg Co v. Beauchamps - 231 US 320 -

450) *Chicago B & Q. R. Co v. MC Guire* - 219 US 549 -

451) *Mondou v. New York* - 223 US 1 -

452) s.a. die *Granger Fälle*

Schutz des neuen Business konnte nur dadurch erreicht werden, indem Privateigentum und Vertragsfreiheit als Grundrechte Einfluß in die due process-Klausel fanden. Somit verlagerte sich der Schutzgedanke vom Einzelrecht zum Schutz sozialer Interessen.

Kernbereiche des "Grundrechts" Vertragsfreiheit waren die Löhne und die Arbeitszeit. Noch bis zum new deal hielt der supreme court an der Verfassungswidrigkeit von Mindestlohngesetzen fest ⁴⁵³⁾. Hier lag also eine absolute Sicht des Wesensgehaltes vor, die die Lohnvereinbarung als einen Kernbereich des Vertrages auffaßte, der auf keinen Fall einer staatlichen Regulierung preisgegeben werden durfte. Demgegenüber wurden Höchststundengesetze als Gesundheitsmaßnahme gebilligt, weil sie es den Vertragsparteien offen ließen, die zusätzlichen Belastungen, die sich für den Arbeitgeber ergaben, auf der Lohnseite auszugleichen ⁴⁵⁴⁾. Insoweit liegt hier also kein absoluter Kernbereich vor. Andererseits ist die Sicht auch nicht so relativ wie nach der Theorie des BGH. Auch hier bestimmt der Zweck des Eingriffs, ob der Wesensgehalt der Vertragsfreiheit angetastet ist, jedoch findet für die Frage, ob hier ein Kernbereich angetastet ist, keine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt. Vielmehr sind bestimmte Zwecke angegeben "safety, health and morals", die Eingriffe in den Kernbereich zulassen. Insoweit ist ein Vergleich zu ziehen zu der Theorie des BVerwG, die immanente Schranken für den Kernbereich festsetzt, nur daß die Schranken hier ausdrücklich genannt werden.

Es zeigt sich hier schon eine Entwicklung, die dann in der Wende des new deal absolute Kernbereiche nicht mehr kennt. Sowohl die vested rights als

453) noch 1936 wurde ein Mindestlohngesetz aufgehoben
Morehead v. New York, ex re Tipaldo - 298 US 587 -

454) vgl. J. Sutherland in Adkins v. Children Hospital
- 261 US 525 (554) -

auch die *laissez faire* Auffassung von den Vertragsrechten gingen von einem absoluten Bereich aus, der vom Gesetzgeber auf keinen Fall eingeengt werden durfte. Eine gewisse Relativierung erhalten diese Schutzbereiche dann mit dem Ausbau der *police power*, wenn Regulierungen zum Schutze von *safety, health and morals* gebilligt werden. Waren in den Anfangsjahren der USA die *vested rights* eine absolute Barriere für den Gesetzgeber, übernahm im *economic due process* des *laissez faire* die Rechtsprechung diese Rolle, indem sie i.d.R. fast alle gesetzlichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit aufhob. *Vested rights* und Vertrag nach dem *laissez faire* hatte eine solche Vorrangsstellung, daß eine Abwägung mit anderen Rechtsgütern gar nicht vorgenommen wurde. Nach dem Grundgedanken des *laissez faire*, daß private Wirtschaftsregulierung die Regel und staatliche Wirtschaftsregulierung die Ausnahme sein sollte, wurde die Beweislast dahingehend verteilt, daß der Gesetzgeber durch eine konkrete Beziehung zwischen Gesetz und Schutz der Öffentlichkeit die Zulässigkeit einer Regulierung nachzuweisen hatte ⁴⁵⁵⁾. Diese Einschränkung der Vermutung der Gültigkeit von Regulierungsgesetzen war ein prozeßrechtlicher Erfolg des *economic due process*.

b. Die Wende zur relativen Sicht im new deal

Mit dem *new deal* verloren die *vested rights* und die Vertragsfreiheit endgültig ihren absoluten Vorrang. Der Ausbau der Regulierungskompetenz des Bundes und die Abkehr vom *laissez faire* führten zu einer richterlichen Selbstbeschränkung, die zunächst von einer Verfassungsmäßigkeit des Regulierungsgesetzes ausging. In *Nebbia v. New York* stellte Justice Roberts ausdrücklich klar, daß Preise kein unangreifbares Sakrileg seien und eine mögliche

455) vgl. *Mugler v. Kansas* - 123 US 623 -

staatliche Regulierung sich nicht allein auf public interest beziehen müsse. Entscheidend sei, daß die Regulierung für das öffentliche Wohl notwendig sei ⁴⁵⁶⁾. Damit war eine Relativierung des Kernbereichs der vested rights und der Vertragsfreiheit eingetreten, die der Ansicht des BGH entspricht. Ausgangspunkt ist der gesetzgeberische Anlaß für den Eingriff. Ist der Eingriff zur Verwirklichung des Zwecks geeignet und notwendig, wird das öffentliche Interesse zur Rechtfertigung als vorrangig hingenommen und der Eingriff ist gerechtfertigt. Selbst Regulierungen wurden gebilligt, die erhebliche Einschränkungen für die Betroffenen mit sich brachten, weil das öffentliche Interesse entsprechend hoch angesetzt wurde. In *Kotch v. Board of river port pilot comission* wurde die Zulassung neuer Lotsen praktisch dem Belieben der amtierenden Lotsen freigestellt. Die Kandidaten mußten nach dem vom Gericht anerkannten Gesetz eine Probezeit bei einem amtierenden Lotsen ableisten, dieser war aber nach Ablauf der Probezeit nicht verpflichtet, den Kandidaten zu übernehmen ⁴⁵⁷⁾. In *Grossart v. Cleary* wurden Frauen von der Betreibung eines Bargeschäftes ausgeschlossen mit Ausnahme der Frauen und Töchter des Barbesitzers ⁴⁵⁸⁾. Beide Entscheidungen führten dazu, daß die Bildung von "Familienklüngel" nicht nur gebilligt, sondern auch gefördert wurde. In *Williamson v. Lee optical of Oklahoma* wurde eine Rezeptpflicht für die Anfertigung von Brillengläsern für zulässig erachtet, obwohl diese Regelung einen entscheidenden Einschnitt in die Befugnis der Optiker darstellte, Brillengläser und Brillengestelle anzufertigen ⁴⁵⁹⁾. In der Zeit

456) 291 US 502 (537)

457) 330 US 552

458) 335 US 464

459) 348 US 483

des economic due process wäre eine solche Einschränkung noch undenkbar gewesen, weil sie die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Optiker tangierte. Jetzt aber erklärte das Gericht ausdrücklich: "Die Zeit ist vorbei, wo die due process Klausel benutzt wurde, Gesetze ohne weiteres aufzuheben, nur weil sie vielleicht unzweckmässig oder zu teuer erscheinen" ⁴⁶⁰⁾. Die dissentierenden Meinungen der drei Entscheidungen, die sich vor allem auf einen Verstoß des Gleichbehandlungsgrundsatzes beriefen, wurden mit dem Argument entkräftet, die equal protection verbiete nur eine willkürliche Diskriminierung. Auch die Lohnregulierung war nun kein Tabu mehr. 1937 wurde erstmals ein Mindestlohngesetz für Frauen für verfassungsmässig erklärt ⁴⁶¹⁾. Hatte man in *Nebbia v. New York* die Preisregulierung in der Milchwirtschaft gebilligt - was noch mit der Volksgesundheit zu rechtfertigen war - wurde diese Regulierungsbefugnis nun auf den gesamten Bereich der Landwirtschaft ausgedehnt ⁴⁶²⁾. Ebenso unterlag nun die Energiewirtschaft der staatlichen Regulierung ⁴⁶³⁾. Im Bereich des Arbeitsrechts waren bisher unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der vested rights der Arbeitgeber Gesetze für unzulässig erklärt worden, die die Möglichkeiten der injunctions beschränkte ⁴⁶⁴⁾. Nun wurde ein Gesetz gebilligt, daß friedliches Postenstehen für zulässig erachtete und injunctions dagegen verbot ⁴⁶⁵⁾. Business und property standen gegen das Grundrecht des gewerkschaftlichen Arbeits-

460) 348 US 488

461) *West coast Hotel v. Parrish* - 300 US 379 -

462) vgl. *Curing v. Wallace* - 306 US 1 -
Milford v. Smith - 307 US 38 -
Wickard v. Filburn - 317 - US 111 -

463) vgl. *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*
 - 310 US 381 -
*Public Utilis of Rhode Island v. Attleborough
 Steam and Electric Co.* - 273 US 83 -

464) vgl. *Truax v. Corrigan* - 257 US 312 -

465) *Senn v. Tile layers Protective union* L Nr.
 5 - 301 US 468

kampfes, wobei ihnen nun nicht mehr der uneingeschränkte Vorrang eingeräumt wurde. Wie weit der Umfang der dem Arbeitgeber zugemuteten Belastung ausgeweitet wurde, zeigt ein Fall aus dem Jahre 1952, in dem ein Gesetz gebilligt wurde, das den Arbeitgebern verbot, Lohnabzüge vorzunehmen, wenn wahlberechtigte Arbeitnehmer während der Dienstzeit zur Wahl gingen ⁴⁶⁶⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß nach dem new deal von einer absoluten Wesensgehaltssicht der vested rights und der Vertragsfreiheit nichts mehr übrig blieb und eine Relativierung dieser Kernbereiche erfolgte, die der Meinung des BGH entspricht.

3. Liberties

Bisher wurden lediglich die wirtschaftlichen Freiheiten auf ihren Kernbereich hin untersucht. Dies entspricht auch der historischen Entwicklung. Der Schutz des property war zunächst das eindeutig vorherrschende Problem. Die Aufbauphase des neuen Staates verlangte, daß zunächst die wirtschaftlichen Bedürfnisse erfüllt wurden. Die civil liberties Rechtsprechung des supreme court begann erst nach dem ersten Weltkrieg eine bedeutende Rolle zu spielen ⁴⁶⁷⁾. Der Abbau des economic due process ging Hand in Hand mit dem Ausbau der civil liberties. Der judicial restraint, dessen sich der supreme court mit der Abkehr vom economic due process befleissigte, ließ dem Gesetzgeber weitgehende wirtschaftspolitische Gestaltungsfreiheit ⁴⁶⁸⁾. Der gleiche Spielraum wurde dem Gesetzgeber aber nicht zugebilligt, wenn es um demokratische Mit-

466) Day-Brite Ligthning Inc. v. Missouri - 342 US 421 -

467) Ehmke: Wirtschaft und Verfassung S. 436; Stalder S. 45

468) wirtschaftsregulierende Gesetze wurden nicht mehr aus Gründen einer materiellen Grundrechtswidrigkeit aufgehoben vgl. Ferguson v. Scupra - 372 US 726 -

wirkungsrechte, insbesondere Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit und Gleichheit ging.

a. Die traditionelle Sicht - the free market place of ideas

Daß diese Freiheiten Grundlagen der freiheitlichen Demokratie sind, ist immer wieder betont worden ⁴⁶⁹⁾. Der Gedanke vom free market place of ideas beherrschte die Anhänger der Unantastbarkeit der Kommunikationsrechte ⁴⁷⁰⁾. Man war der Ansicht, daß in einer freien Diskussion der Prozeß der Wahrheitsfindung am besten fortschreitet ⁴⁷¹⁾. Eine freie Diskussion sei unerläßlich, um falsches und richtiges der eigenen Meinung zu erkennen und das Falsche durch das Richtige der Gegenmeinung austauschen zu können. Nur so wird der Bürger gefordert, sein eigenes Weltbild zu überprüfen und gelangt zu einer lebendigen Überzeugung ⁴⁷²⁾. Die soziale

469) hier sind insbesondere zu nennen die Richter Holmes, Brandeis, Cardozzo, Stone und L. Hand später Douglas und Black, dann Brannan und Marshall

Brandeis: Gilbert v. Minnesota - 254 US 325 (337/338) -

Frankfurter: Bridges v. California - 314 US 252 (293) -

Jackson: West Virginia Board of Education 319 US 641 -

Terminiello v. Chicago - 337 US 1 (32) -

Black: Milkwagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies 312 US 287 (320)

Bradon v. US - 365 - US 431 (444)

Douglas: Dennis v. US - 341 US 494 (584/585) -

470) s.a. J. Holmes in Abrams v. US 250 US 616 (630)
J. Brandeis in Whitney v. California - 274 US 357 (375) -

471) Frankfurter: Dennis v. US 341 US 494 (550)
Milkwagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies - 312 US 325 -

Beauharnais v. Illinois - 343 US 250 (256/257) -
Black: Adler v. Board of Education - 342 US 485 (496, 97) -

Douglas: Adler v. Board of Education - 342 US 508-
Learned Hand: Int. Brotherhood of Electrical workers v. Nat. Labor Relation Board - 181 F 2d 34 (40) -

472) John St. Mill: on Liberty S. 34 ff. (Zt. bei Voss S. 77, 78) s.a. Stalder: Preferred freedom S. 51/52

Funktion der Kommunikationsrechte wurde betont. Beschränkungen sollten allenfalls aus Ordnungsgesichtspunkten vorgenommen werden, z.B. durch Festlegung von Tagesordnungspunkten, Redezeit oder Reihenfolge der Redner. Keine Meinung durfte aber nur deshalb verboten werden, weil sie inhaltlich für falsch, unklug oder gefährlich gehalten wurde ⁴⁷³⁾. Das Prinzip des selfgovernment, das die Staatsorgane dem "generell will" des Volkes unterwirft und damit dem Volk ein unbeschränktes Untersuchungsrecht zubilligt, gibt dem Volk ein unbeschränkbares Recht, das Verhalten des Staates zu diskutieren und zu kritisieren. Das Gleichgewicht zwischen der souveränen Gewalt des Volkes und dem Staat soll durch eine absolut freie Diskussion aufrecht erhalten werden. Für diese liberale Auffassung sind die Kommunikationsrechte selbstverständlich unantastbar ⁴⁷⁴⁾. Diese traditionelle These von der entscheidenden Wichtigkeit der Rechte des 1. Amentments für die Demokratie ist auch heute noch anerkannt ⁴⁷⁵⁾.

b. Die absolute Theorie J. Blacks

Während jedoch die Mehrheit des Gerichtes später trotz der Betonung dieser hohen Wertstellung zu anderen Ergebnissen kam, wendete sich J. Black besonders in den 50iger und 60iger Jahren heftig gegen jegliche Einschränkung der Meinungsfreiheit. Seine absolute Theorie, die er vor allem in dissenting opinions darlegte, sah in den Rechten des 1. Amentments ein absolutes Einschränkungsverbot "ohne wenn und aber" ⁴⁷⁶⁾. Es gab für ihn

473) Meiklejohn: political freedom S. 27 (Zt. bei Voss S. 90

474) Voss Meinungsfreiheit u. Verfass.Ordnung S.91 ff. vgl. Leonard W. Lewy: Legacy of suppression S.249

475) siehe die bei Voss Fn. 102 aufgeführten Nachweise

476) Beauharnais v. Illinois - 343 US 250 (274/275)

kein anderes Interesse, das mit den Rechten des 1. Amentments aufzuwiegen ist ⁴⁷⁷⁾. Sie setzen für ihn feststehende Grenzen, die auf keinen Fall überschritten werden dürfen ⁴⁷⁸⁾. Dabei will Judge Black aber keine solche absolute Sprechfreiheit propagieren, seine Meinung unter allen Umständen, zu jener Zeit, an jedem Ort und mit jedem Inhalt zu äußern ⁴⁷⁹⁾. Seine absolute Theorie ist nur so richtig zu verstehen, wenn man berücksichtigt, daß er seine dissenting opinions zu einem Zeitpunkt schrieb, als die Mehrheit des supreme court dazu neigte, in einer Güterabwägung die Rechte des 1. Amentments in der Regel öffentlichen Interessen unterzuordnen ⁴⁸⁰⁾. J. Black sah diese Interessenabwägung als Mißachtung und "Ausverkauf" der Rechte des 1. Amentments an. Der Verfassungsgeber habe durch das 1. Amentment für den Staat eine klare und eindeutige Schranke gesetzt, die beachtet werden müsse, da sie unabdingbar in der Verfassung verankert sei ⁴⁸¹⁾. Richtig verstanden bleibt die absolute Theorie auch offen für neue Entwicklungen. Sie ist vor allem ein verfassungsrechtliches Postulat und dient dazu, zu einer klaren und bestimmteren Definition der Meinungsfreiheit als Grundrecht zu gelangen ⁴⁸²⁾.

477) Carlson v. Landon - 342 US 542 (555/556) -

478) New York university law review S. 562 (1962)

479) dies wird ihm von J. Harlan vorgeworfen in
Königsberg v. State Bar - 366 US 36 (49/50) -

480) Darauf wird später noch ausführlich einzugehen
sein.

481) siehe seine dissenting opinion in Carlson v.
Landon - 342 US 542 (555 f.) -
Königsberg v. State Bar - 366 US 36 (61) -

482) s.a. Bornkamm: Pressefreiheit und Fairnis
des Strafverfahrens S. 122 f.

c. Die Doktrin der Vorzugsstellung

Nicht so absolut wie die traditionelle Sicht und später J. Black, aber doch noch nicht relativiert, sah die Doktrin von der Vorzugsstellung der demokratischen Freiheits- und Mitwirkungsrechte die Rechte des 1. Amentments. Die demokratischen Freiheitsrechte wurden nicht als schrankenlos angesehen, doch wurden die verfassungsrechtlichen Grenzen für ein staatliches Eingreifen enger gezogen. Einschränkungen der demokratischen Freiheitsrechte bedürfen einer besonderen Rechtfertigung⁴⁸³⁾. Das Gericht begnügt sich nicht damit, von der Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher einschränkender Maßnahmen auszugehen, wie es der judicial restraint bei wirtschaftsregulierenden Maßnahmen inzwischen tat. Es verlangte vielmehr bei einer konkreten Einzelprüfung besondere triftige Gründe für die Einschränkung, die es sorgfältig nachprüfte. Das Gericht sah sich nicht an die Bewertung des Gesetzgebers gebunden. Die Beweislast wurde praktisch umgedreht. Der Gesetzgeber mußte eine besondere Rechtfertigung für die Einschränkung vorweisen. Im Konfliktfall zwischen den Rechten des 1. Amentments und wirtschaftlichen Freiheiten kann gegenüber den Rechten des 1. Amentments die Berufung auf wirtschaftliche Freiheiten nicht durchgreifen⁴⁸⁴⁾. Die Verfassung hat sich für die Demokratie als Staatsform entschieden. Besonderer Ausdruck dieser Demokratie ist die Bildung und Artikulierung des politischen Willens im gesellschaftlichen Bereich. Alle Grundrechte, die diesen Bereich betreffen, sind besonders zu schützen. Daraus ergibt sich dann das Vorrecht

483) dies wurde bereits von J. Stone in einer persönlichen Urteilsanmerkung erwähnt in US v. Carolene Product Co - 304 US 152 A.4 - in Herndon v. Lowry - 301 US 242 - und De Jonge v. Oregon - 301 US 364 - von der Mehrheit übernommen

484) vgl. Stalder: Preferred freedom S. 69

dieser Freiheiten ⁴⁸⁵⁾. In Thomas v. Collins ⁴⁸⁶⁾ sind die Grenzen für ein staatliches Eingreifen in diese Vorzugsstellung dann so eng gezogen, daß ein unzweifelhaftes und nicht geringes öffentliches Interesse gefordert wird. Nur der schwerste Mißbrauch der Freiheit gebe für den Staat ein Beschränkungsrecht.

d. Die Relativierung des Kernbereichs

Auch im Bereich der liberties fand dann eine Entwicklung statt, die zu einer Relativierung führte. Die große Idee vom free market place of ideas blieb zwar das hohe Ideal, doch zeigte die Praxis, daß dieses Ideal nicht immer voll verwirklicht werden konnte.

(1) Die clear and present danger Doktrin

Die Richter Holmes und Brandeis, die ja die hohe Wertstellung der Rechte des 1. Amendments immer wieder betonten, entwickelten mit ihrem Gefahren-test bestimmte Voraussetzungen, die eine Ausweitung gesetzgeberischer Einschränkungen im Übermaß verhindern sollten. Grund für eine Begrenzung der Kommunikationsrechte kann nur sein, daß ohne Einschränkung ein schweres Übel für verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter zu befürchten ist. Die Einschränkung ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Gefahr eindeutig vorliegt und der Schaden unmittelbar einzutreten droht. Dieses Erfordernis der clear and present danger verlangte eine Notlagsituation, in der keine Zeit mehr ist für eine offene Diskussion, die falsche Meinungen mildern oder gar abwenden kann ⁴⁸⁷⁾.

⁴⁸⁵⁾ A.T. Mason/W.M.Beamey: The supreme court in a free society S. 211

⁴⁸⁶⁾ 323 US 316

⁴⁸⁷⁾ in Gitlow v. New York - 268 US 652 (1925) - setzten sich Holmes und Brandeis noch gegen die Meinung der Mehrheit des Gerichtes. Der Gefahren-test wurde erst allmählich von der Mehrheit aufgenommen.
vgl. De Jonge v. Oregon - 301 US 364 (1937)
Herndon v. Lowry - 301 US 242 (1937)

(2) Der Übergang zum balancing test

Eine weitere Relativierung erfahren die Kommunikationsrechte dann mit dem Übergang zu einer "clear and probable" doktrin, wie sie in Dennis v. US von der Mehrheit praktiziert wird⁴⁸⁸⁾. Ausgehend von der clear and present danger doktrin verlangt man auch das Vorliegen einer klaren Gefahr. Während Holmes und Brandeis als Korrektiv jedoch die Unmittelbarkeit des bevorstehenden Angriffs forderten, genügte der Mehrheit in der Dennis Entscheidung die Wahrscheinlichkeit der Gefahr. Damit nähert sie sich dem alten bad tendency test des common law und eröffnet eine weite Eingriffsschneise in die Kommunikationsrechte, die es der persönlichen Ansicht des Richters überläßt, wie er je nach den Umständen die Schwere des bevorstehenden Übels bewertet.

Noch weiter geht Justice Frankfurter in seiner concurring opinion im Dennis Fall. Ausgehend vom judicial restraint, kommt er zu dem Ergebnis, daß die Gerichte gegenüber dem Gesetzgeber nur die beschränkte Überprüfungsmöglichkeit haben, ob hier die Grenzen des fair judgement überschritten sind und ob eine vernünftige Abwägung erfolgte. In seinem balancing test gibt er den Rechten des 1. Amendments keinerlei Vorzugstellung mehr innerhalb der Güterabwägung. Die Kommunikationsrechte seien genau wie andere Teile der Demokratie der Notwendigkeit unterworfen, daß der Staat für seine eigene Sicherheit zu sorgen habe. Der Staat dürfe nicht gezwungen werden zu warten, "bis das Kind in den Brunnen gefallen sei", um zur Wahrung der Staatssicherheit einzugreifen.

Auf Gefahren-test und balancing test wird später noch ausführlich einzugehen sein. Hier bleibt für die Untersuchung des Kernbereichs der liberties zunächst festzustellen, daß sich die Entwicklung vollzog von einer gewissen absoluten Sicht bis zur Relativierung, die dem Gesetzgeber weitgehenden Gestaltungsspielraum beläßt.

488) 341 US 494 (1951)

4. Zusammenfassung und Wertung

Wenn man nach einem Kernbereich des Grundrechtsschutzes in Amerika sucht, kann man zusammenfassend Ansätze einer absoluten Wesensgehaltsgarantie nur zu Anfang finden. Dabei ist festzustellen, daß die Entwicklung im Bereich wirtschaftlicher Freiheit und im Bereich der liberties ähnlich verläuft. Vested rights und Vertragsfreiheit im laissez faire stellten ebenso absolute Werte dar wie die Rechte des 1. Amendments in traditioneller Sicht. Bezeichnend ist, daß diese absoluten Werte dann immer mehr relativiert wurden, wenn in Krisenzeiten staatliche Eingriffe notwendig wurden, um die Allgemeinheit zu schützen. Im wirtschaftlichen Bereich war dies die Weltwirtschaftskrise, die Präsident Roosevelt mit dem new deal zu bekämpfen suchte. Im Bereich der liberties war dies der kalte Krieg zwischen den USA und der Sowjetunion, die zu einer Betonung der Staatssicherheit gegenüber den Kommunikationsrechten führte. Diese extreme Relativierung normalisierte sich dann wieder etwas, als die Krisenzeiten vorbei waren.

Art und Umfang der Relativierung sollen später genauer untersucht werden. Vorerst kann aber gesagt werden, daß eine Rückkehr zum Festhalten an absoluten Kernbereichen der Grundrechte nicht erfolgt. Soweit man überhaupt von Wesensgehaltsgarantien sprechen kann, sind diese immer relativ, da sie einer Güterabwägung unterliegen.

VII. Das Erfordernis des due process

Angesichts der festgestellten Relativierung der Wesensgehaltssicht ist die Frage nach dem Schutz vor unnötiger oder leichtfertiger Einschränkung von wichtigen Freiheitspositionen durch den Gesetzgeber besonders eindrücklich gegeben.

Der erste Schutz besteht darin, dem Gesetzgeber, bevor er insbesondere persönliche Freiheiten

einschränkt, die Beachtung bestimmter Verfahrensregeln vorzuschreiben. Das Erfordernis des due process ist im 5. Amentment verfassungsrechtlich festgelegt und gilt über das 14. Amentment auch für die Einzelstaaten. Wie vorne bereits kurz erwähnt, ist due process aber mehr als eine rein schematische formelle Schranke. In der Entscheidung Mathews v. Eldridge wird ausdrücklich hervorgehoben, daß due process keine starre Formel ist und flexibel angewandt werden muß. Es ist zu prüfen, welches private Interesse betroffen ist, das Risiko einer falschen Entscheidung ist abzuwägen, das Gewicht von Sicherheitsvorkehrungen ist zu prüfen ⁴⁸⁹⁾.

1. Due process im Strafverfahren

Die Wurzel des due process liegt im Strafverfahrensrecht. Das Verbot von rückwirkenden Gesetzen ⁴⁹⁰⁾, bills of attainder ⁴⁹¹⁾ sowie der Bestimmtheitsgrundsatz ⁴⁹²⁾ beschränken von vornherein den Strafgesetzgeber. Das Verbot der doppelten Bestrafung ⁴⁹³⁾ setzt dem Strafrichter eine Grenze. Im Strafverfahren selbst stellt das Erfordernis einer fairen Jury einen Sicherheitsfaktor dar. Die Rechte des Angeklagten auf Anhörung, auf Verteidigung, auf Gegenüberstellung von Zeugen sowie das "habeas corpus" Verfahren sind Schutzvorkehrungen, deren Beachtung streng überwacht wird.

489) 424 US 319 (334, 335)

vgl. auch:

Morrissey v. Brewer - 408 US 471 (481)

Arnett v. Kennedy - 416 US 134 (167, 168)

Goldberg v. Kelly - 397 US 254 (263 - 266)

Cafeteria Workers v. MC Ellroy - 367 US 886 (895)

490) vgl. Calder v. Bull - 3 Dall. 389 -

491) zur Definition vgl.:

Cummings v. Missouri - 4 Wall. 277 (323)

492) vgl. Rose v. Locke - 423 US 48 -

493) vgl. Chaffin v. Stynchcombe - 412 US 17 -

Seit der Entscheidung *Miranda v. Arizona* 494) ist klargestellt, daß jeder Angeklagte auf seine verfassungsmäßigen Rechte hingewiesen werden muß. Die Belehrung darf nicht rein schematisch erfolgen. Der Belehrende muß sich davon überzeugen, daß die Belehrung auch verstanden worden ist. Der Betroffene muß in Kenntnis seiner Rechte freiwillig auf diese verzichtet haben 495). Es wird zwar nicht die sichere Kenntnis über die Rechte verlangt, doch ist die generelle Kenntnis erheblich für die Zustimmung in den Verzicht der Rechte 496). Der Betroffene muß sich auch klar darüber sein, gegenüber welcher Behörde er ein Schuldbekenntnis ablegt 497). Es darf dem Angeklagten auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß er - trotz Belehrung - eine bestimmte Geschichte erst im Verfahren und nicht schon vorher erzählt. Daraus dürfen auch keine Rückschlüsse auf die Glaubwürdigkeit des Angeklagten gezogen werden 498).

Der Betroffene muß über die Anklage ausreichend unterrichtet werden. Ihm muß die Möglichkeit der Verteidigung gegeben werden 499). Wenn er einen Anwalt wünscht, muß die Vernehmung bis zu dessen Eintreffen unterbrochen werden, es sei denn, der Vernommene wünscht später selbst die Fortführung der Vernehmung 500). Das Fehlen eines bestellten Anwalts

494) 384 US 436

495) Vgl.

Johnson v. Zerbst - 304 US 458 (464)
Faretta v. California - 422 US 806 (835)
North Carolina v. Butler - 441 US 369 (374 ff.)
Brewer v. Williams - 430 US 387 (404)
Faire v. Michael C. - 442 US 707 (724 ff.)
Edwards v. Arizona - 451 US 477 (482 ff.)

496) in *US v. Mendenhall* - 496 US 544 - ging das Gericht davon aus, daß man von einer 22-jährigen Frau mit 11-jähriger Schulbildung eine solche generelle Kenntnis erwarten kann

497) *Henderson v. Morgan* - 426 US 637 -

498) *Doyle v. Ohio* - 426 US 610 -

499) *Groppi v. Lesley* - 404 US 497 -

500) *Rhode Islands v. Innis* - 446 US 291 (298)

kann das ganze Verfahren so fundamental negativ beeinflussen, daß eine Rechtsverletzung gegeben ist 501).

2. Durchsuchung und Arrest

Die Forderung nach due process führt auch bei Durchsuchung und Arrest zur Beachtung festgelegter Verfahrensvorschriften. Es wird immer wieder betont, daß Durchsuchung und Arrest grundsätzlich nur mit einem Durchsuchungs- oder Haftbefehl zulässig sind 502). Der Durchsuchungsbefehl muß von einer neutralen Behörde ausgestellt sein 503).

Ohne Durchsuchungsbefehl wird eine Durchsuchung nur in einer Eilsituation als zulässig erachtet, wenn ein Durchsuchungsbefehl wegen der Notwendigkeit schnellen Handelns nicht erreicht werden kann 504). Die Beamten müssen aufgrund der Gesamtumstände davon

501) Cuyler v. Sullivan - 446 US 335 -

502) vgl.

Arkansas v. Sanders - 442 US 753 -

US v. Chadwick - 433 US 1-

Carroll v. US - 267 US 132 -

Steagold v. US - 451 US 204 -

selbstverständlich rechtfertigt auch die Einwilligung des Betroffenen die Durchsuchung.

An die Freiwilligkeit des Einverständnisses

werden die gleichen strengen Anforderungen gestellt, wie an den Verzicht der Verteidigerrechte.

- vgl. Schneekloth v. Bustamante - 412 US 17 -

503) Chambers v. Marroney - 399 US 42 -

Shadwick v. City of Tampa - 407 US 345 -

in Coolidge v. New Hampshire - 403 US 443 -

wurde der Attorney General nicht als neutrale Behörde angesehen, weil er später die Anklage vertrat.

504) vgl. Michigan v. Tyler - 436 US 499 -

Zurcher v. Stanford Daily - 436 US 547 -

überzeugt sein, daß eine Straftat vorliegt 505). Die Anforderungen sind bei der Durchsuchung einer Wohnung strenger als beim Auto 506). Befindet sich ein verdächtiges Auto auf einem Highway, ist eher eine Notsituation gegeben, weil es beweglich ist, die Insassen flink sind und der Inhalt des Autos eventuell nie wieder gefunden werden kann 507). Eine Durchsuchung, die anläßlich eines Arrestes durchgeführt wird, muß in unmittelbarem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit dem Arrest stehen 508). Durchsuchungen bei Dritten, die nicht Eigentümer der Gegenstände sind, sind nicht gerechtfertigt 509). Bei Installationen von Überwachungsanlagen lag die Grenze bis zur Entscheidung-Katz v. US 510) darin,

505) vgl.

Reid v. Georgia - 448 US 438 -
 Texas v. White - 423 US 48 -
 US v. Cortes - 449 US 411 -
 US v. Ramsey - 431 US 606 -
 das Vorliegen eines hinreichenden Verdachtes wurde verneint bei:
 Rowen v. US - 422 US 918 -
 US v. Brignoni-Pouce - 422 US 873 -
 Delaware v. Prouce - 440 US 648 -
 US v. Chadwick - 433 US 1 -
 Ybarra v. Illinois - 444 US 85 -
 Almeida-Sanches v. US-413 US 366 -

506) South Dakota v. Oppermann - 428 US 364 -

507) Coolidge v. New Hampshire - 403 US 443 -

508) in Vall v. New York - 399 US 30 -
 wurde dieser Zusammenhang verneint, wenn das Auto auf der Straße geparkt ist und sich im Haus niemand außer dem Verdächtigen befindet, der Beweise wegschaffen könnte.
 ebenso Chambers v. Marroney - 399 US 42 -
 wenn sich der Verdächtige schon in Polizeigewahrsam befindet.
 demgegenüber wurde es bei ausreichenden Verdachtsmomenten sogar für unschädlich gehalten, wenn ein Irrtum über die Person des Eigentümers vorliegt.

vgl. Hill v. California - 401 US 797 -

509) vgl. Steagold v. US - 451 US 204 -
 Walter v. US - 447 US 649 -

510) 389 US 347

ob das Eindringen in die Wohnung zum Zwecke der Installation mit Gewalt erfolgte ⁵¹¹⁾. Die Katz-Entscheidung legt klar, daß die Installation nicht dadurch gerechtfertigt wird, daß keine Gewalt angewandt wird ⁵¹²⁾.

Daß sich auch Staatsagenten an die Vorschriften für eine Durchsuchung halten müssen, ist in der Entscheidung *Birons v. 6 unknown named agents of federal bureau of narcotics* klargestellt ⁵¹³⁾.

3. Due process als Richtlinie für andere Verfahren

Die im Strafverfahren entwickelten Grundsätze des due process setzen auch für andere Verfahren Richtlinien.

Das Erfordernis des due process führt dazu, daß im allgemeinen vor jedem Rechtsentzug durch staatliche Stellen eine Anhörung erfolgen muß ⁵¹⁴⁾. Dies gilt insbesondere für die Rechte des 1. Amentments. Wenn der gute Name, das Ansehen oder die Integrität einer Person bei der Handlung einer Behörde betroffen sind, muß ihm vorher Kenntnis und die Möglichkeit der Anhörung gegeben werden ⁵¹⁵⁾. Vor dem Entzug des Eigentums muß grundsätzlich eine Anhörung erfolgen. Die Entziehung ohne vorherige Anhörung ist nur gerechtfertigt, um ein wichtiges öffentliches Interesse zu schützen und wenn ein

511) *Goldmann v. US* - 316 US 129 -
Olmstead v. US - 277 US 438 -

512) in *Dalia v. US* - 441 US 238 -
wird allerdings festgestellt, daß heimliches Eindringen in die Wohnung zum Zwecke der Installation von Abhörgeräten nicht per se verboten ist, sondern daß die Zulässigkeit von den näheren Umständen abhängig ist.
in *US v. White* - 401 US 751 -
wird festgestellt, daß der Betroffene nicht darauf vertrauen kann, daß sein Gesprächspartner nicht den Inhalt des Gesprächs an staatliche Behörden weitergibt.

513) 403 US 390

514) Garstens: Grundsätze S. 161

515) *Wisconsin v. Constantineau* - 400 US 433 -

sofortiges Handeln geboten ist ⁵¹⁶⁾. So wurde in Bell v. Burson ⁵¹⁷⁾ eine Vorschrift Georgias aufgehoben, die nach einem Unfall die Einziehung des Führerscheins vorsieht, bis der Fahrer Sicherheiten für die Begleichung des Schadens hinterlegt hat, weil nicht vorher in einem ordnungsgemäßen Verfahren festgestellt wird, ob es mit großer Wahrscheinlichkeit überhaupt zur Schuldfeststellung kommen wird. In Barry v. Barchi ⁵¹⁸⁾ forderte das Gericht beim Entzug einer Pferdetrainerlizenz wegen Doping eines Pferdes, daß die Anhörung und ein ordnungsgemäßes Verfahren prompt nach dem vorläufigen Entzug der Lizenz nachgeholt werden.

Da auch die Einweisung in eine Nervenklinik einen Freiheitsentzug bedeutet, wird hier ebenfalls ein vorheriges formelles Verfahren mit einer Anhörung verlangt ⁵¹⁹⁾. Auch für die Verlegung eines Gefangenen in ein anderes Gefängnis ⁵²⁰⁾ oder die Überstellung in Einzelhaft ⁵²¹⁾ ist eine vorherige Anhörung notwendig oder sie muß wenigstens unverzüglich nachgeholt werden.

Bei der Bewährung wird unterschieden zwischen der Gewährung der Bewährung, die wie in der Bundesrepublik Deutschland ein Gnadenerweis und kein subjektives

516) Fuentes v. Shevin/Parham v. Cortese - 407 US 67 - s.a. Parrat v. Taylor - 431 US 527 - wo allerdings verlangt wird, daß der Eigentumsentzug durch die Behörde bewußt erfolgt.

517) 402 US 535

518) 443 US 55

519) vgl. Vitec v. Jones - 445 US 480 - Addington v. Texas - 441 US 418 - s.a. Parham v. J. R. - 442 US 534 - wo allerdings bei Einweisung eines Kindes dem Elternrecht bei der Abwägung große Bedeutung beigemessen wird, und das Verfahren nur willkürfrei sein muß.

520) vgl. Meachum v. Fano - 427 US 215 -

521) vgl. Hughes v. Rowe - 449 US 7 -

Recht ist, und deren Rücknahme. Da durch die Bewährung ein Freiheitsraum erlangt wurde, muß die Rücknahme dieses Freiheitsraumes in einem ordentlichen Verfahren erfolgen 522).

Besonders strenge Voraussetzungen werden an die Verfahrensvorschriften gestellt, wenn der völlige Entzug eines verfassungsmäßig garantierten Rechtes, insbesondere des 1. Amentments, auf dem Spiel steht 523). Wie sehr der supreme court von der Schutzfunktion genau festgelegter Verfahrensvorschriften überzeugt ist, zeigt sich darin, daß es den stärksten Rechtsentzug, den es gibt - nämlich die Todesstrafe - billigt, wenn die entsprechenden Verfahrensvorschriften eingehalten werden 524).

Bedeutend geringer sind die Anforderungen, wenn durch Verfahrensvorschriften ein zeitliches Limit

522) vgl.

Greenholz v. Inmates of Nebraska Penal and correctionell Complex - 442 US 2 -
Morrisey v. Brewer - 408 US 471 -

523) vgl.

Baker v. MC Collan - 443 US 127 -
Nat. soc. Party of Amerika v. Skokie - 432 US 43 -
Smith v. Org. of foster families - 431 US 816 -

524) vgl.

Fuhrmann v. Georgia/Jackson v. Georgia - 408 US 238 -
Gregg v. Georgia - 428 US 153 -
Proffitt v. Florida - 428 US 242 -
Jurek v. Texas - 428 US 262 -
Woodson v. North Carolina - 428 US 280 -
Roberts v. Louisiana - 428 US 325 -
Die Richter Brennan und Marshall sind verschiedene Gegner der Todesstrafe. Die übrigen Richter sind zwar prinzipiell für die Todesstrafe, teilen sich aber in zwei Lager: Die Richter Stewart und Powell sowie Stevens stellen strengere Anforderungen an das Verfahren als die übrigen vier Richter.

und eine Frist zur Rechtswahrnehmung festgesetzt werden. So wurde in *Lindsey v. Normet* gebilligt, daß die Frist für Streitigkeiten im Verhältnis zwischen Pächter und Verpächter um die Zahlung der Pacht auf 6 Tage bemessen ist ⁵²⁵⁾. In *US v. 37 Photographs* wurde auch das Verfahren über die Beschlagnahme obszönen Materials gemäß 19 USC 1305 (a) gebilligt, wonach eine sofortige Beschlagnahme durch die Polizei erfolgen konnte und der district court dann die endgültige Beschlagnahme verfügt, solange für das gesamte Rechtsverfahren ein zeitliches Limit gesetzt wird. (Hier waren es 14 Tage bis zur Einsetzung des Gerichtsverfahrens und 60 Tage für die endgültige Entscheidung ⁵²⁶⁾).

4. Zusammenfassung und Wertung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß durch Festlegung bestimmter Verfahrensgrundsätze mit dem Erfordernis des due process bereits gewisse Schutzvorkehrungen gegen übergebührlige Rechtsbeschränkungen geschaffen werden.

Insbesondere die vorherige Anhörung vor einem Rechtsentszug trägt dazu bei, daß vor einer Handlung, die verfassungsmäßig geschützte Rechte tangiert, möglichst viele Argumente für und wider die Einschränkung gehört werden, um so eine gerechte Entscheidung zu ermöglichen.

Festzustellen ist weiterhin, daß die Anforderungen an die Verfahrensgrundsätze umso strenger gehandhabt werden, je mehr ein persönliches Recht - insbesondere des 1. Amentments - eingeschränkt wird. Fristvorschriften werden dagegen großzügiger ausgelegt und in der Regel gebilligt.

Die Bestimmung von Verfahrensvorschriften kann einen wirksamen Schutz aber nur dann garantieren,

425) 405 US 56

426) 402 US 363

wenn die Richtlinien nicht nur rein schematisch angewendet werden, sondern mit Leben erfüllt werden. Due process muß flexibel sein und darf nicht im rein formellen erstarren.

Due process ist mehr als eine bloße Verfahrensgarantie. Die Forderung soll generell gegen verfassungswidrige Freiheitsbeschränkungen schützen 527). Freiheit bedeutet in diesem Sinne nicht nur die Freiheit von rein körperlichen Beschränkungen, sondern auch von Einschränkungen in der persönlichen Betätigung und Handlungsfreiheit. Wenn due process auch zunächst die "rights" schützt, muß dieser Schutz aber weiterhin die gesamte Persönlichkeit des Menschen umfassen 528).

VIII. Die Entwicklung verfassungsrechtlicher Standards über die Reichweite der Freiheitsrechte durch den supreme court, insbesondere im Bereich der Kommunikationsrechte

Bisher wurde aufgezeigt, wie sich die Entwicklung in der Auffassung des Kernbereichs der Freiheitsrechte vollzog von einer gewissen absoluten Sicht zu einer Relativierung. Bei der Abwägung zwischen den Freiheitsrechten und dem öffentlichen Interesse wurde nicht mehr automatisch den Freiheitsrechten eine Vorrangstellung eingeräumt. Die Interessen der Allgemeinheit oder der Staatssicherheit wurden zu Faktoren, die zu berücksichtigen waren. Es soll nun untersucht werden, welche Kriterien der supreme court bei der Abwägung dieser beiden Interessen aufstellt, welchem Interesse unter welchen Bedingungen der Vorrang gegeben wird.

527) So auch:

Kelly v. Johnson - 425 US *38 (244)

Board of Regents v. Roth - 408 US 564 (572)

Griswold v. Connecticut - 381 US 479 (502) -

528) Board of Regents v. Roth - 408 US 564 (572) -

1. Der Gefahrentest von Brandeis und Holmes

Die clear and present danger doktrin, wie sie Brandeis und Holmes entwickelten, gab bei der Güterabwägung dem öffentlichen Interesse bzw. der Staatssicherheit nur dann den Vorrang, wenn die beiden Voraussetzungen der Unzweideutigkeit und der Unmittelbarkeit der bevorstehenden Gefahr gegeben waren. Das Vorliegen einer Notstandssituation und die Betonung des Zeitmomentes sind die Kriterien, nach denen Holmes und Brandeis Eingriffe in die Kommunikationsrechte überprüften⁵²⁹⁾. In seinem Gegenvotum im Abrams-Fall versuchte Holmes, die Grenzen der Meinungsfreiheit dadurch zu bestimmen, indem er auf den Sinn und die Funktion der Freiheitsrechte in einer offenen Gesellschaft abstellte. Auch für ihn waren die Kommunikationsrechte nicht schrankenlos⁵³⁰⁾, er wollte aber die Grenzen aus der Verfassung selbst erstellen. Brandeis leitet den Gefahrentest in seinem Gegenvotum im Whitney-Fall aus dem Prinzip der ordered liberty her und betont ebenfalls die öffentliche Funktion der Freiheitsrechte. Als öffentliche Interessen erhalten die Freiheitsrechte bei einer Abwägung ein bedeutenderes Gewicht, so daß ihr Schutz sehr weit gefaßt wird. Da nach dem Prinzip der ordered liberty Freiheit aber immer nur recht-

529) vgl. Schenk v. US - 249 US 47 (52) -
Whitney v. California - 274 US 377 -
Abrams v. US - 250 US 616 -
Gitlow v. New York - 268 US 652 -
Frohwerk v. US - 249 US 204 -
Debs v. US - 249 US 211 -

530) man denke an seinen legendären Ausspruch in Schenk v. US, daß keiner das Recht hat, in einem Theater fälschlicherweise "Feuer" zu rufen und dadurch eine Panik hervorzurufen.
- 249 US 47 -

lich gewährleistete Freiheit ist, liegt die Grenze für Brandeis dann logischerweise dort, wo die Meinungsäußerung umschlägt in Anstiftung oder Versuch einer Rechtsverletzung. Gründe reiner politischer Zweckmässigkeit reichen für ihn zu einer (vorbeugenden) Sanktion nicht aus, weil dadurch die öffentliche Diskussion eingeengt würde. Die Gefahr ist jedes "serious injury to the state" ⁵³¹⁾. In *Gitlow v. New York* zogen Holmes und Brandeis die Voraussetzungen noch enger und verlangten in ihren Gegenvoten, daß der Gefahrentest allgemeine Geltung bei allen Einschränkungen der Meinungsfreiheit haben sollte. Das Vorliegen einer klaren und gegenwärtigen Gefahr müsse in jedem Einzelfall geprüft werden ⁵³²⁾.

Der Gefahrentest wurde erst allmählich von der Mehrheit des Gerichts aufgenommen. In *De Jonge v. Oregon* ⁵³³⁾ erfolgten die ersten Ansätze. In *Herndon v. Lowry* ⁵³⁴⁾ wurde die Geltung des Gefahrentestes ausdrücklich anerkannt.

531) 274 US 378
vgl. auch später *Herndon v. Lowry* 301 US 258 - 268 US 652 (667)

532) Die Mehrheit zog die Einschränkungsbefugnis erheblich weiter. Meinungsfreiheit dürfe nicht mißbraucht werden, um das staatliche Gemeinwohl, die öffentliche Moral und den öffentlichen Frieden zu gefährden und zum Verbrechen anzustiften. Weiterhin könne der Staat vorgehen, wenn er selber gefährdet sei. Publikationen, die zu gewaltsamen Staatsstreichen aufrufen und die verfassungsrechtliche Staatsform zerstören, seien verboten. Legitimation für die Begrenzung sei die Selbsterhaltung des Staates. Allgemein dürfe die Grenze nicht willkürlich sein. Eine Sicht der Grundrechte aus der Funktion innerhalb der Gesellschaft findet bei der Mehrheit nicht statt. Sie will vor allem eine bestimmte Staatsform wahren. Bei der Überprüfung der Gefährdung wird abgestellt auf die Tendenz der Äußerung

533) 301 US 364

534) 301 US 242

Anliegen des Gefahrentests war, die Grenzen der Freiheitsrechte aus der Idee der Freiheit selbst zu bestimmen. und aus der Erkenntnis, daß die Freiheit nicht nur Ziel, sondern auch Mittel zu ihrer eigenen Bewährung ist. Der Gefahrentest war damit Maßstab verfassungskonformer Auslegung, also rule of reason⁵³⁵⁾. Ziel war es, die öffentliche Diskussion so lange wie möglich unbeschnitten zu lassen. Das Zeitmoment spielte eine große Rolle. Nur wenn die Gefahr für den Staat so groß war, daß keine Zeit zur Diskussion verblieb, sollte durch den Staat eingegriffen werden.

Die Praktikabilität des Gefahrentests ließ allerdings sehr zu wünschen übrig. Die Beweislage war schwierig. Das Gericht mußte in jedem Fall prüfen und darlegen, ob durch das tatbestandsmäßige Verhalten die verfassungsmäßige Ordnung konkret gefährdet wurde. Die Einschätzung der konkreten Gefährdung kann von Gericht zu Gericht und von Zeit zu Zeit verschieden sein. Das bedeutet eine Beeinträchtigung der Gleichheit und eine Rechtsunsicherheit. Dem einzelnen Richter wird die Funktion aufgebürdet, politische Prozesse zu rekonstruieren. Er muß abstrakte Gefährdungstatbestände auf eine konkrete Gefahrenlage umsetzen und mit verfassungsrechtlichen Mitteln die Zukunft für die Sicherheit des Staates und den Bestand der Demokratie vorhersagen⁵³⁶⁾. Damit ist der Richter oft überfordert. Der Gefahrentest hat seinen Ursprung im Strafrecht. Die Übernahme für das Verfassungsrecht ist fragwürdig, weil die zu beurteilenden Gefahren im Verfassungsrecht andere sind als im Strafrecht. Mittels des Gefahrentests sind dann auch keine Gesetze als verfassungswidrig aufgehoben worden. Er wurde vielmehr als Maßstab zur

535) Steinberger: Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie S. 317; s.a. Stalder: Preferred freedom S. 50

536) J. Jackson in Dennis v. US - 341 US 494 - zur gleichen Bewertung kommt Bornkamm S. 123 ff. Er sieht die Schutzwirkung der clear and present danger Doktrin nur in den contempt-Entscheidungen als voll entfaltet an.

verfassungskonformen Einschränkung von Gesetzen herangezogen. Die clear and present danger Doktrin wurde in der Literatur zwar immer wieder bemüht, in der Rechtsprechung des supreme court aber nur sehr selten ganz ausdrücklich als Entscheidungsmaßstab genannt. Das positive am Gefahrentest war, daß es die Richter zwang, die Maßstäbe für die ihrer Entscheidung zugrunde liegende Interessenabwägung offenzulegen ⁵³⁷⁾.

2. Die Abwandlung des Gefahrentests in eine "clear and probable" Doktrin in Dennis v. US

Eine Abwandlung des Gefahrentests brachte Dennis v. US ⁵³⁸⁾. Einigkeit herrscht zunächst zwischen allen Richtern darüber, daß auch Meinungsfreiheit nicht unumschränkt ist und daß der Staat befugt ist, sich mit strafrechtlichen Mitteln gegen gewaltsamen Umsturz zur Wehr zu setzen. Weiterhin wird klargestellt, daß reine akademische Diskussionen straffrei sind. Die Mehrheitsmeinung ging auch von der clear and present danger Doktrin aus, setzte aber bei der Frage der Unmittelbarkeit der Gefahr das Gewicht des Übels in Relation zur Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. Je größer das Übel war, desto geringere Anforderungen stellten sich bei der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. Man könne nicht verlangen, daß der Staat warte, bis sich die ersten Anzeichen eines gewaltsamen Umsturzes verwirklichten. Dann könnten Gegenmaßnahmen schon zu spät sein. Ein solch gewichtiges Übel wie ein gewaltsamer Umsturz rechtfertige Einschränkungen schon dann, wenn der Eintritt des Übels nicht ganz unwahrscheinlich sei. Das Gericht prüfte nicht an Hand von Beweisen, ob die Propaganda der angeklagten Kommunisten unmittelbare Erfolgsaussichten hatte.

537) Steinberger: Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie S. 318 ff.

538) 341 US 494 (1951)

Davon ging es aufgrund der guten und straffen Organisation der Gruppe und der hinter ihr stehenden Kommunistischen Partei aus. Die Beweislast wird also umgekehrt. Während der Gefahren-test, wie Brandeis und Holmes ihn verstanden, vom Staat die Rechtfertigung für die Einschränkung verlangt, muß nun der Angeklagte, der sich auf sein Grundrecht beruft, den prima facie Beweis entkräftigen, daß die Propaganda der kommunistischen Partei eine unmittelbare Gefahr herbeiführt. So werden staatliche Präventivmaßnahmen gerechtfertigt. Die Abwehrlinie ist viel weiter vorgeschoben als beim ursprünglichen Gefahren-test von Brandeis und Holmes. Die Gefahrenprüfung verlegt sich von der Unmittelbarkeit zur Gefährlichkeit der Lehren einer Gruppe. Das für Brandeis und Holmes so wichtige Zeitmoment spielt nun keine Rolle mehr, weil durch die Gefährlichkeit einer Gruppe die Unmittelbarkeit der Gefahr indiziert wird.

War der Richter beim ursprünglichen Gefahren-test schon vielfach überfordert, so ist er dies nun erst recht, wenn er direkt über das Sicherheitsbedürfnis des Staates, die Effektivität eines demokratischen Systems und über die Rangordnung von Sicherheit und Freiheit entscheiden muß, also politische Fragen ⁵³⁹⁾.

3. Frankfurters "balancing test"

J. Frankfurter geht in seiner concurring opinion sogar noch weiter als die Gerichtsmehrheit. Er hält die clear and present danger doktrin für zu starr. Sie berücksichtige nicht, daß bei dem Konflikt zwischen Meinungsfreiheit und anderen Rechtsgütern für eine vernünftige Entscheidung

539) Bornkamm S. 126 nennt diese clear and probable Doktrin eine pervertierte clear and present danger Doktrin und hält sie für den Tiefpunkt höchstrichterlichen Grundrechtsschutzes. Löwenstein bezeichnet sie als "zeitlich bedingten Justizirrtum" (zitiert bei Stalder S. 66)

noch andere Faktoren entscheidend seien. Bei der Abwägung seien sowohl öffentliche Interessen als auch die Kommunikationsrechte im Einzelfall von verschieden hoher Wertigkeit. Nicht jede Art von Meinungsäußerung nehme dieselbe Position auf der Wertskala ein.

Mit diesem balancing test wird der Richter vollends auf das Gebiet der politischen Wertentscheidung verwiesen. Ausgehend vom judicial restraint überläßt Frankfurter die erste Güterabwägung dem Gesetzgeber ⁵⁴⁰⁾ und beschränkt das Nachprüfungsrecht des Richters auf die Frage der Willkür. Die Meinungsfreiheit wird relativiert. Die Zulässigkeit von Einschränkungen ist abhängig von der Größe der von ihr drohenden Gefahr. Das Grundrecht ist von dem Wert abhängig, der der Sicherheit des Staates und dem System der Ideenfreiheit zugestanden wird ⁵⁴¹⁾. Das positive an Judge Frankfurters balancing test ist, daß er von der allzu schematischen Handhabung des Gefahrentests wegfürte, die für die moderne Unterwanderungstaktik umstürzlerischer Gruppen nicht ausreichend geeignet war ⁵⁴²⁾.

4. Das Erfordernis der "action"

Frankfurters balancing test wurde dann später dadurch entschärft, daß die Tatbestände des Smith-act einschränkend ausgelegt wurden und die Beweisan-

540) das ist die Konsequenz aus der Erkenntnis, daß es sich um eine politische Wertung handelt

541) Voss: Meinungsfreiheit und verfassungsmäßige Ordnung S. 25; s.a. Stalder: Preferred freedom S. 62

542) Daß die Richter Black und Douglas angesichts der Relativierung der Meinungsfreiheit, insbesondere in Frankfurters balancing test dissentierten, ist aus ihrer Sicht nur logisch, wenn man sich ins Gedächtnis ruft, daß gerade diese beiden Richter an der Vorrangstellung der Rechte des 1. Amendments festhielten

forderungen erheblich verschärft wurden. Es wurde nicht mehr auch das Allgemeinverhalten gewertet sondern es mußte in jedem Einzelfall eine aktionsgerichtete Propaganda nachgewiesen werden. In Yates v. US ⁵⁴³⁾ wurde der Tatbestand des advocacy rein strafrechtlich definiert als Lehre einer konkreten Aktion des Umsturzes. Der Täter muß die Zielsetzung haben, andere zu aktivem Tun zu veranlassen. Diese Aktion muß der Täter auch unmittelbar beabsichtigen. Es wird nicht auf das objektive Vorliegen des Übels, sondern auf die subjektive Zielsetzung des Täters abgestellt, die anderen zu einem Umsturz zu veranlassen. Korrektiv ist dann das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Aktion, die durch das advocacy beabsichtigt sein muß ⁵⁴⁴⁾.

In der Entscheidung Scales v. US ⁵⁴⁵⁾ billigte man zwar den Mitgliedstatbestand des Smithact, bezog ihn aber nur auf eine aktive Mitgliedschaft. Damit begegnet die Gerichtsmehrheit dem Einwand, das "guilt by association" verstoße gegen den due process, weil es nicht auf die persönliche Schuld abstelle, sondern auf die Strafbarkeit der Organisation, der der Angeklagte angehörte und verwies auf andere Straftatsbestände, in denen auch eine Zurechnung strafbarer Handlungen erfolge,

543) 354 US 298

544) In der Praxis hatte die Auslegung des Organisationstatbestands des Smithact vielleicht noch größere Wirkung als die Definition des advocacy. Hierunter wurde nur die Gründungsphase einer Vereinigung gefaßt, so daß viele Fälle nun bereits an der dreijährigen Verjährungsfrist des Smithact scheiterten. Das führte von Seiten des Kongresses zu einer Legaldefinition, die das Anwerben von neuen Mitgliedern wieder mit in den Organisationstatbestand einschloß.

545) 367 US 203

wie Verabredung und Mittäterschaft 546).

Die Beweisforderungen wurden streng gehandhabt. Es mußte in jedem einzelnen Fall nachgewiesen werden, daß das advocacy aktionsgerichtet war. Die aktive Mitgliedschaft mußte dargelegt werden, wobei man sich nicht mit der Würdigung des Gesamtverhaltens der Vereinigung begnügte, sondern in jedem Einzelfall der Nachweis aktionsgerichteter Propaganda seitens der Partei verlangt wurde 547).

Bis Mitte der 60iger Jahre stellte der supreme court bei der Interessenabwägung nicht mehr auf die Idee der Bewahrung der freiheitlichen Ordnung ab, sondern entwickelte eine Wertskala, in der die Staatssicherheit eine herausragende Stellung einnimmt. Wegen des öffentlichen Interesses an der Selbsterhaltung des Staates wird dem Gesetzgeber eine weitgehende Regelungsbefugnis eingeräumt. Er hat einen großen Ermessensspielraum sowohl hinsichtlich der Bewertung der Schwere der Gefahr als auch in der Auswahl der Mittel. Auf die Nähe und Wahrscheinlichkeit des Übels wird nicht mehr eingegangen. Wenn die Staatsschutzmaßnahme die Meinungsfreiheit nicht mehr als notwendig be-

-
- 546) noch in Adler v. Board of Education - 342 US 385 - war das Anknüpfen an die böse Mitgliedschaft nicht für unbillig angesehen worden. (vgl. auch Garner v. Los Angeles Board - 341 US 716 -)
die liberale Mehrheit des Gerichts unter Chief justice Warren sah jedoch in dem guilt by association später einen eindeutigen Verstoß gegen den due process
vgl. US v. Brown - 381 US 437 -
US v. Robel - 389 US 258 -
Elfbrand v. Russel - 384 US 11 -
Keyishian v. Board of regents - 385 US 589
- 547) vgl. Noto v. US - 367 US 290 -
Aptheker v. Secretary of state - 378 US 500 -

schränkt, ist sie gerechtfertigt ⁵⁴⁸⁾. Bestimmender Faktor ist die Gefährlichkeit bestimmter politischer Aktivitäten ⁵⁴⁹⁾.

5. Die Grenze der Gewalt

Die Rechtsprechung der liberalen Mehrheit des Gerichts unter Chief Justice Warren ist gekennzeichnet durch ein immer stärker werdendes formalistisches Demokratieverständnis. Pönalisiert wird nur der gewaltsame Umsturz. Die legale Umänderung wird als Wert geschützt. Die Zulässigkeit staatlicher Maßnahmen wird nicht von den Zielen und Inhalten der gegnerischen Propaganda bestimmt, sondern von den Methoden her, mit denen die Ziele verfolgt werden sollen. Grenze dieser so verstandenen Freiheit ist, die Gewalt. Außerhalb dieser Grenze erkennt er jede vernünftige Regelung als zulässig an, die ein legitimes gesellschaftliches Ziel verfolgt. Gebilligt werden solche Regelungen, die ohne Ansehen des Inhalts einer politischen Meinung die Integrität des Verfahrens staatlicher Willens- und Entscheidungsbildung und die Rechte anderer schützen wollen. Gewaltloses legales Verhalten darf dagegen nicht in diskriminierender Weise unterdrückt werden ⁵⁵⁰⁾.

Steinberger sieht allerdings in dieser starren Auslegung die Gefahr, daß die Verfassung nicht mehr als Bewahrer der freiheitlichen Ordnung ausgelegt wird, sondern nur noch als Inbegriff von Spielregeln, innerhalb derer jede beliebige Zielsetzung mit gewaltlosen Mitteln verfolgt werden

548) 367 US 229 ... "does not cut deeper into freedom .. than is necessary" auf den Gefahrentest wird nicht mehr eingegangen in *Brandenburg v. Ohio* - 89 Sct 1827 - wird er ausdrücklich für erledigt erklärt.

549) In der Literatur vollzieht vor allem T.J. Emerson die Unterscheidung zwischen "expression" und "action" (zitiert bei Stalder: *Preferred freedom* S. 56 ff.)

550) so schon Judge Douglas in *Brandenburg v. Ohio* 89 Sct 1831 (1833)
so auch Meiklejohn: *political freedom* S. 24

kann 551). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der strikte Wortlaut des 1. Amentments gerade dafür spricht, bei Einschränkung dieser Rechte eine äußerste Grenze zu wählen. Das Prinzip der wehrhaften Demokratie darf nicht zu einer schematischen Überbewertung des öffentlichen Interesses der Staatssicherheit führen. Es mag zwar praktisch einsehbar sein, die Grenzen der Gewalt je nach Situation zu verschieben, kann jedoch m.E. rechtlich aus der amerikanischen Verfassung nicht hergeleitet werden. Wenn man in politisch stabilen Verhältnissen es ausreichen läßt, den Ausleseprozeß subversiver Elemente durch die normale politische Auseinandersetzung zu vollziehen, kann dies in Krisenzeiten nicht anders sein. Die Gefahr für das Selbsterhaltungsrecht des Staates beginnt erst dann, wenn die politische Zielsetzung mit gewaltsamen Mitteln verfolgt wird.

Die Grenze der Gewalt ist auch in der weiteren Rechtsprechung des supreme court unter chief justice Berger als Voraussetzung für die Einschränkung der Kommunikationsrechte angewendet worden. Es wird immer wieder betont, daß eine Meinung nicht allein wegen ihres Inhalts verboten werden darf 552). Jeder Bürger hat das Recht, Kritik zu üben - auch an der Regierung - 553). Der Zeitpunkt staatlichen Eingreifens ist erst dann gekommen, wenn die Meinungsäußerung zu einer gewaltsamen Reaktion der Zuhörer führen soll und führt 554). Solche Äußerungen werden

551) Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie S. 590 f.

552) Hess v. Indiana - 414 US 84 (107)
 Erznoznik v. City of Jacksonville - 422 US 205 -
 Bachellar v. Maryland - 397 US 564 (567) m.Hin-
 weis auf:
 Cox v. Louisiana - 379 US 536 (545)
 Edwards v. South Carolina - 372 US 229
 Street v. New York - 394 US 576 (592)
 Terminello v. Chicago - 337 US 69

553) Schacht v. US - 398 US 58 (63)

554) vgl. z. B. Cohen v. California - 403 US 15, wo die Verurteilung eines Angeklagten, der im Flur des Gerichtsgebäudes mit einer Plakette herumgung, auf der stand "fuck the Drafts", aufgehoben wurde, weil keine gewaltsame Reaktion erfolgte.

nur unter ganz engen Voraussetzungen als "fighting words" angesehen, die verboten werden können⁵⁵⁵⁾.

6. Zusammenfassung und Wertung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der supreme court vor allem im Bereich der Meinungsfreiheit Standards aufgestellt hat, die die Grenzen der Meinungsbetätigung klarer umreißen sollen und gleichzeitig dem Staat die Möglichkeit geben sollen, bei Überschreiten dieser Grenzen einzuschreiten. In der Entwicklung zeigt sich aber auch, daß diese Standards nicht unveränderlich sind, sondern von der äußeren Situation beeinflußt werden können. War für den Gefahren-test von Brandeis und Holmes noch die Notlagensituation entscheidend, besteht für die Mehrheit der Dennis-Entscheidung eine Relation zwischen der Größe des Übels und der Wahrscheinlichkeit des Eintritts. Während die Beurteilung der bevorstehenden Gefahr im Bereich spekulativer Voraussicht lag und somit von der subjektiven Bewertung des Richters abhängt, sind die action und die Gewalt mehr objektiv zu fassende Faktoren, deren Vorliegen leicht festgestellt werden kann, was zu größerer Rechtssicherheit führt. Der Vorteil der Entwicklung liegt darin, daß man sich von einer schematischen Anwendung der Standards löste und unter Berücksichtigung aller Gesamtumstände des Einzelfalles die Abwägung traf⁵⁵⁶⁾. Es werden bei der Gesamtprüfung sowohl die subjektiven als auch die objektiven Faktoren berücksichtigt, so daß der Richter durch die Über-

555) In *Cohen v. California* - 403 US 15 - und in *Hess v. Indiana* - 414 US 84 - wurde das Vorliegen solcher "fighting words" verneint

556) Noch in *Landmark Communication Inc. v. Virginia* - 435 US 831 - wird darauf hingewiesen, daß der clear and present danger Test kein bloßes technisches Schema ist. Richtig angewandt, verlange der Test vom Gericht selbst, die Größe der Gefahr festzustellen und dann das Übel abzuwägen gegen die Notwendigkeit einer freien Meinungsäußerung

prüfung nach allen Standards zu einer Entscheidung kommen kann, die den Konflikt zwischen persönlicher Freiheit und staatlichen Interessen in angemessener Weise lösen kann und dabei dem einzelnen Fall so gut wie möglich gerecht werden kann.

IX. Güterabwägung und das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit in der amerikanischen Rechtsprechung

Während die Richtlinien des due process einen mehr formellen Schutz vor Grundrechtseinschränkungen geben, erfordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine materielle Überprüfung.

1. Güterabwägung und öffentliches Interesse

Daß der supreme court bei seiner Überprüfung in der Regel eine Interessenabwägung vornimmt, wurde schon bei der Entwicklung verfassungsmäßiger Standards im Bereich der Kommunikationsrechte deutlich. Das Interesse des einzelnen an ungehinderter Kommunikation steht gegenüber dem Interesse des Staates an innerer und äußerer Sicherheit ⁵⁵⁷⁾. Wenn Voß noch 1968 in seiner Dissertation befürchtete, durch eine solche Güterabwägung werde das Recht der Meinungsfreiheit zum bloßen Interesse, die Geltung des Rechts werde von Fall zu Fall erst durch eine Konfrontierung von Interessen ermittelt und behaupte sich erst dann als Recht, wenn keine zwingenden öffentlichen Interessen entgegenstehen ⁵⁵⁸⁾, kann dem heute nicht mehr zugestimmt werden. Der supreme court betont immer wieder die Bedeutung der verfassungsmäßigen Rechte, insbesondere des 1. Ament-

557) eine Abwägung mit Staatssicherheitsgesichtspunkten erfolgt auch im Bereich der Privatsphäre
vgl. US v. US District court for Michigan -
407 US 297
US v. Martinez - Fuerte - 428 US 543

558) Meinungsfreiheit und verfassungsmäßige
Ordnung S. 124

ments ⁵⁵⁹⁾. Eine Einschränkung soll nur erfolgen, wenn es zum Schutze eines wichtigen öffentlichen Interesses unbedingt notwendig ist. So sagt das Gericht in *Baird v. State Board of Arizona* ⁵⁶⁰⁾, daß das Interesse des Staates an der Überprüfung der politischen Einstellung seiner Bediensteten durch das 1. Amentment eingeschränkt ist und der Staat nachweisen muß, daß die Überprüfung notwendig ist, um ein wichtiges öffentliches Interesse zu schützen.

In *Carey v. Population Services International* ⁵⁶¹⁾ wird ausdrücklich festgestellt, daß Einschränkungen der freien Entscheidung, ein Kind zu bekommen oder nicht - durch Verbot der Anti-Baby Pille für Minderjährige - nur gerechtfertigt werden können, wenn ein wichtiges öffentliches Interesse vorliegt. Allein moralische Gesichtspunkte für das Verbot der Anti-Baby Pille an Minderjährige reichen nicht aus. In *Wisconsin v. Yoder* ⁵⁶²⁾ wurde betont, daß bei einer Einschränkung des Elternrechts und der Religionsfreiheit das öffentliche Interesse von allerhöchster Wichtigkeit sein muß. Trotz des staatlichen Interesses an der Schulbildung kann ein weiterer Schulbesuch des Kindes über die 8. Klasse hinaus gegen den Willen der Eltern nicht erzwungen werden, wenn diese es aus religiösen Gründen ablehnen. Allein die Gesundheits- oder Sicherheitsgefährdung des Kindes werden als ausreichendes öffentliches Interesse für eine Einschränkung des Elternrechtes angesehen.

Gesundheitsschutz wird auch in anderen Fällen als Rechtfertigungsgrund für Freiheitsbeschränkungen angesehen. So wurde in *Whalen v. Roe* ⁵⁶³⁾ eine Bestimmung New Yorks im Gesundheitsinteresse ge-

559) vgl. z.B. *Elrod v. Burnes* - 427 US 347 -

560) 401 US 1

561) 431 US 678

562) 406 US 205

563) 429 US 589

billigt, wonach alle Rezepte über Narkotika kopiert und aufbewahrt werden müssen, weil in diesem Fall der Gesundheitsschutz Vorrang habe vor der ärztlichen Schweigepflicht. Der Gesundheitsschutz war auch von tragender Bedeutung für die im 21. Amentment vorgesehene Möglichkeit, den Alkoholausschank von staatlicher Seite zu regulieren ⁵⁶⁴⁾.

Auch das Strafrecht wird als wichtiges öffentliches Interesse angesehen. Die Rechte des 1. Amentments schützen kein strafbares Verhalten. Sie dürfen nicht zur Begehung einer Straftat ausgenutzt werden ⁵⁶⁵⁾.

In Jones v. Helms ⁵⁶⁶⁾ wurde das Interesse an der Verfolgung und Bestrafung von Straftätern als Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung der Freizügigkeit angenommen. Ein Straftäter, der in einem Staat wegen eines Verbrechens verurteilt wurde, kann dorthin zurückgebracht werden.

Meinungsfreiheit kann reguliert werden, wenn sie als Obszönität strafbar wird ⁵⁶⁷⁾. Schwierigkeiten bereitet es allerdings, zu entscheiden, was unter den Begriff Obszönität fällt. In Shad v. Borrow of Mount Ephraim ⁵⁶⁸⁾ wird ausdrücklich klargestellt, daß Obszönität nicht schon allein gegeben ist, nur wenn nackte Körper zur Schau gestellt werden. In der Regel will das Gericht die Entscheidung über Obszönität nicht durch die Bewertung einer einzigen Person erfolgen lassen,

564) vgl. California v. La Rue - 409 US 109 -

565) vgl. California Motor Transport Company v. Trucking Unlimited - 404 US 508

566) 457 US 412

567) vgl. Miller v. California - 413 US 15 -
Paris Adult Theatre v. Ilaton - 413 US 49 -
Heller v. New York - 413 US 483 -
US v. Super 8 mm Films - 413 US 123 -
US v. Orito - 413 - US 139
Kaplan v. California - 413 US 115 -

568) 452 US 61

sondern durch ein ordnungsgemäßes Verfahren 569).

Als ausreichendes öffentliches Interesse hat das Gericht weiterhin die Verkehrssicherheit angesehen. So wurde in *Cady v. Dombrowski* 570) gebilligt, daß die Polizei ein Auto nach einem Verkehrsunfall in eine private Garage verbrachte, weil der Fahrer betrunken und verletzt war. Aus dem gleichen Grunde wurde in *Metromedia Inc. v. City of San Diego* die Kontrolle von Plakatwänden gebilligt 571). Sicherheitsgründe wurden auch als Rechtfertigung für die Vornahme von Inspektionen gewerblichen Eigentums durch staatliche Stellen angeführt, selbst wenn ein Durchsuchungsbefehl nicht vorliegt 572).

Bei Gefangenen wird die Anstaltsordnung 573), bei Soldaten wurde die Militärdisziplin 574) als öffentliches Interesse angesehen, das zu Rechtseinschränkungen berechtigt 575).

Auch nachträgliche Sanktionen verlangen zur Recht-

569) vgl. *US v. 37 Photographs* - 402 US 363

Blount v. Rizzi - 400 US 410

Bei der Überprüfung auf Obszönität können zwei Tests angewendet werden:

(1) Der Ulysses-Test fragt, inwieweit das Buch insgesamt die sexuelle Erregung des Lesers anspricht. *US v. one Book called Ulysses* - 5 F Sup. 182 -

(2) Der community standard - Test fragt, ob das Buch die Grenzen überschreitet, die die Allgemeinheit tolerieren würde.
- siehe die Übersicht bei Paul und Schwarz:
Federal censorship S. 87/140 - 188 -

570) 413 US 433

571) 453 US 490

572) vgl. *Danovan v. Dewy* - 452 US 594 -
Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Inc. - 452 - US 264 -

573) vgl. *Younger v. Harris* - 401 US 37 -
Cruz v. Bero - 405 US 319 -
Jones v. N.C. Prisoners Labor Union - 433 US 119 -

574) vgl. *Brown v. Glines* - 444 US 348 -

575) allerdings sind es meistens Ordnungsregeln, die gebilligt werden. Die Einschränkung darf nicht so weit gehen, daß ein Recht gänzlich entzogen wird.

fertigung ein wichtiges öffentliches Interesse. Der Staat muß nachweisen, daß die Einschränkung zur Sicherung dieses Interesses notwendig war ⁵⁷⁶⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das Gericht ein umso wichtigeres und stärkeres öffentliches Interesse verlangt, je mehr die Rechte des 1. Amentments betroffen sind.

Im wirtschaftlichen Bereich sind dagegen die Anforderungen an das den Eingriff rechtfertigende Interesse nicht so groß. Hier genügt ein Zweck, der nicht ganz unvernünftig ist.

So wurde in *Exon Corporation v. Govenor of Maryland* ⁵⁷⁷⁾ die Festlegung einheitlicher Preise für Ölfirmen an allen Stationen gebilligt, weil sie in angemessener Relation zu dem vom Staat verfolgten Ziel, den Einzelhandel zu kontrollieren, stand. In *New Motor Vehicle Board of California v. Orrin W. Fox Co* ⁵⁷⁸⁾ wurde der Schutz vor Wettbewerbsstreitigkeiten und unlauterem Wettbewerb als ausreichendes öffentliches Interesse angesehen, um bei Protest eines bereits ansässigen Autohändlers für die Eröffnung eines neuen Autohandels ein Genehmigungsverfahren zu fordern. Der Schutz der Kunden vor Mißbrauch des Geschäftsnamens rechtfertigte in *Friedman v. Rogers* ⁵⁷⁹⁾ das Verbot, ein Optiker-geschäft unter dem Namen einer Gesellschaft zu führen. In *Abbod v. Detroit Board of Education* ⁵⁸⁰⁾ wurde die Repräsentation der Arbeitnehmer eines Betriebes durch nur eine Gewerkschaft als im öffentlichen Interesse liegend gebilligt, weil sie Ver-

576) vgl. *Smith v. Daily Mail Publ. Co* - 443 US 97
Landmark Co v. Virginia - 435 US 829 -
Davis v. Alaska - 415 - US 308 -

577) 437 US 117

578) 439 US 96

579) 440 US 1

580) 431 US 209

wirrung in der Vertretung verhindere. In *Barry v. Barchi* ⁵⁸¹⁾ setzte das Gericht das öffentliche Interesse an regulären Pferderennen über das (wirtschaftliche) Interesse des Pferdetrainers an der Beibehaltung seiner Lizenz. In *Board of Regents of State Colleges v. Roth* ⁵⁸²⁾ und in *Perry v. Sundermann* ⁵⁸³⁾ wurde das Interesse der Universität, einen bestimmten Lehrplan einzuhalten, höher bewertet als das wirtschaftliche Interesse eines Professors an seiner Weiterbeschäftigung. Entsprechend wurde das Interesse des Staates an körperlich leistungsfähigen Polizisten ⁵⁸⁴⁾ oder dynamischen Beamten des Außenministeriums ⁵⁸⁵⁾ als Rechtfertigung für eine frühere Pensionierung angesehen. In *Baldwin v. Fish and Game Commission of Montana* ⁵⁸⁶⁾ wurde der Schutz des einheimischen Tierbestandes als ausreichendes Interesse angesehen, bei Nichteinwohnern von Montana höhere Gebühren für Jagdlizenzen zu verlangen.

Insgesamt kann man also in der Bewertung des die Einschränkung rechtfertigenden öffentlichen Interesses einen parallelen Verlauf entsprechend der Gewichtigkeit des tangierten Rechtsgutes feststellen. Je gewichtiger das Rechtsgut ist, desto bedeutender muß auch das öffentliche Interesse sein. Je geringwertiger das Rechtsgut angesehen wird, desto geringer sind auch die Anforderungen an das öffentliche Interesse.

2. Die Einzelinhalte der Verhältnismäßigkeit

Die Feststellung, daß ein ausreichendes öffentliches Interesse für eine Freiheitsbeschränkung

581) 443 US 55

582) 408 US 564

583) 408 US 593

584) *Massachusetts Bureau of Retirement v. Murgia*
- 427 US 307 -

585) *Vance v. Bradley* - 440 US 93 -

586) 435 US 371

besteht, führt aber nicht automatisch zur Rechtfertigung des Eingriffs. Der Staat darf sich zur Erreichung eines an sich zulässigen Zieles nicht jedes beliebigen Mittels bedienen. In *Dumm v. Blumstein* ⁵⁸⁷⁾ wird eindeutig ausgesprochen, daß der Staat zum Schutz öffentlicher Interessen nicht auf Mittel zurückgreifen darf, die eine unnötige Einschränkung verfassungsrechtlich geschützter Aktivitäten bedeuten.

Wie das BVerfG hat auch der supreme court eine weite Auffassung von der Verhältnismäßigkeit. Inwieweit eine Einschränkung noch reasonable ist, entscheidet sich nach mehreren Faktoren wie der Gewichtigkeit der sich gegenüberstehenden Interessen, der Schwere des Eingriffs und der vorhandenen Möglichkeiten, den beabsichtigten Zweck zu erreichen.

a. Proportionalität

Das Gericht spricht teilweise allgemein von einer angemessenen Relation zwischen Zweck und der zu befürchtenden Freiheitseinschränkung. So wird in *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Services Commission* ⁵⁸⁸⁾ ausgeführt, die Art der Einschränkung müsse in angemessenem Verhältnis zu dem öffentlichen Interesse stehen. Teilweise verlangt das Gericht einen inneren Zusammenhang oder einen vernünftigen Zusammenhang zwischen Regelung und öffentlichem Interesse. Dieser Faktor spielt eine besonders wichtige Rolle bei den Klassifizierungen. So wurde in *Ohio Bureau of Employment Services v. Hodory* ⁵⁸⁹⁾ erklärt, daß, wenn eine Verordnung nicht erkennbar die Interessen einer Klasse bevorzugt, bei der Prüfung der Verhältnis-

587) 405 US 330

588) 447 US 557

589) 431 US 471

mäßigkeit beachtet werden muß, ob die Verordnung im Zusammenhang steht mit einem öffentlichen Interesse. Teilweise stellt das Gericht auch ohne nähere Zuordnung die Schwere des Eingriffs und die Wichtigkeit des jeweiligen tangierten Interesses gegenüber. So wurde in *Cuyler v. Sullivan* 590) betont, daß das Fehlen eines bestellten Anwalts das Urteil so fundamental negativ beeinflussen kann, daß eine Rechtsverletzung gegeben ist. In *Lassiter v. Department of Social Services of Durham City* 591) wird ebenfalls abgewogen zwischen der Notwendigkeit der Bestellung eines Armenanwalts und der Bedeutung, die der Prozeß für die Partei hat 592). Teilweise überprüft das Gericht nur, ob der Eingriff übermäßig ist. So wurde in *Dandridge v. Williams* 593) betont, daß Einschränkungen so schwere Eingriffe in Rechte darstellen können, daß sie übermäßig sind. In *City of Madison v. Wisconsin Employment Relation Commission* 594) wird es nicht als übermäßige Gefahr angesehen, wenn in einer Gewerkschaftsversammlung von Lehrern auch ein Nichtgewerkschaftsmitglied spricht.

Die Terminologie des supreme court ist also ebenso uneinheitlich wie die des BVerfG. Es kommt dem Gericht jedoch insgesamt auf eine Gegenüberstellung zwischen Mittel und Zweck an. Somit kann festgestellt werden, daß auch der supreme court eine Proportionalitätsprüfung vornimmt.

b. Die Tauglichkeit des Mittels

Die Tauglichkeit des Mittels wird nur in wenigen Urteilen ausdrücklich angesprochen. Dies geschieht

590) 446 US 335

591) 452 US 18

592) wenn in einem Prozeß über die Aufhebung des Sorgerechts die Interessen der Eltern äußerst gewichtig sind und die staatlichen Interessen äußerst schwach, und die Gefahr einer falschen Entscheidung sehr groß sei, könne nicht gesagt werden, daß die Beordnung eines Armenanwalts nicht notwendig sei

593) 397 US 471

594) 429 US 167

vor allem dann, wenn persönliche Freiheiten betroffen sind. In *Dumm v. Blumstein* ⁵⁹⁵⁾ wurde es nicht als förderlich für ein zwingendes öffentliches Interesse angesehen, wenn für das Wahlrecht gefordert wird, daß Wähler zuvor ein Jahr lang Einwohner des Landes gewesen sein müssen. In *Graig v. Boren* ⁵⁹⁶⁾ hielt man es nicht für erwiesen, daß die Gefahr der Trunkenheit für Mädchen unter 18 Jahren mehr besteht als für Jungen unter 21 Jahren und daß die altersmäßige Unterscheidung zwischen Jungen und Mädchen beim Alkoholausschank das Problem löst.

Im wirtschaftlichen und sozialen Bereich sind die Anforderungen an die Tauglichkeit nicht so groß. Hier wird ein Mittel schon als tauglich angesehen, wenn eine vernünftige Relation zu dem verfolgten Zweck besteht. So wurde in *Moormann Manufacturing Company v. Bair* ⁵⁹⁷⁾ eine Steuer als zulässig angesehen, wenn sie in einer Beziehung steht zu den zu besteuernenden geschäftlichen Aktivitäten und das zu besteuernde Einkommen in angemessener Beziehung steht zu dem im Staat erzielten Einkommen.

c. Der Grundsatz des mildesten Mittels

Der Grundsatz des mildesten Mittels ist auch für den *supremé court* insbesondere bei den persönlichen Freiheiten ein wichtiger Faktor. Unter mehreren möglichen Mitteln ist dasjenige auszuwählen, das die geringste Beeinträchtigung mit sich bringt. Wenn ein milderer Mittel den bezweckten Erfolg ebenfalls bringen kann, ist eine Maßnahme, die eine größere Einschränkung mit sich bringt, unzulässig ⁵⁹⁸⁾. In *Kusper v. Pontikés* ⁵⁹⁹⁾

595) 405 US 330

596) 429 US 190

597) 427 US 267

598) auch der *supreme court* vergleicht also nur gleich taugliche Mittel

599) 414 US 51

wird dies für die Vereinigungsfreiheit ausdrücklich betont. Besonderes Gewicht hat die Frage nach dem mildesten Mittel im Bereich der Klassifizierungen ⁶⁰⁰⁾. In *Bullock v. Carter* ⁶⁰¹⁾ wurde die Wahlkampffinanzierung durch Gebührenerhebung von allen Kandidaten nicht gebilligt, weil eine weniger einschneidende Maßnahme, z.B. die Inanspruchnahme von Sponsoren denkbar war. In *Schaumburg v. Citizens for a better Enviroment* ⁶⁰²⁾ wurde das Verbot von Haussammlungen für Vereinigungen, die nicht wenigstens 75 % ihrer Einnahmen für caritative Zwecke verwenden, nicht gebilligt; weil die Vorbeugung von Betrugereien und der Schutz der Privatsphäre auch durch weniger einschneidende Maßnahmen verfolgt werden könne.

d. Zusammenfassung und Wertung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der supreme court eine exakte Trennung der Einzelhalte der Verhältnismäßigkeit nicht vornimmt. Eine Zuordnung der einzelnen Punkte zueinander erfolgt nicht. Auch wird keine Rangfolge der einzelnen Faktoren untereinander aufgestellt. Manchmal wird nur ein einziger Punkt bei der Prüfung herangezogen, manchmal werden mehrere Punkte oder das ganze Spektrum der Verhältnismäßigkeit kumulativ angeführt. In vielen Fällen wird lediglich festgestellt, daß in diesem bestimmten Fall bei der Interessenabwägung dem einen Interesse der Vorrang zu gewähren ist, oder daß ein bestimmtes Interesse gegenüber dem anderen überwiegt.

Auffällig ist wiederum die unterschiedliche Behandlung zwischen persönlichem und wirtschaftlichem Bereich. Bei den persönlichen Freiheiten, insbesondere denen des 1. Amentments, wird eine strenge Über-

600) vgl. *Cleveland Board of Education v. La Fleur*
- 414 US 632

601) 405 US 134

602) 444 US 620

prüfung durchgeführt. Dies wird in der Regel mit der hohen Bedeutung dieser Rechte innerhalb einer freiheitlichen Demokratie begründet. An die Proportionalität werden strenge Anforderungen gestellt. Die Frage des mildesten Mittels wird sorgfältig geprüft. Im wirtschaftlichen Bereich dagegen beschränkt sich die Prüfung der Proportionalität auf eine rationale Basis. Es genügt eine vernünftige Relation zwischen Mittel und Zweck. Da die Anforderungen an das öffentliche Interesse geringer sind und somit dem Staat in der Auswahl des Mittels eine größere Gestaltungsfreiheit eingeräumt wird, stellt sich die Frage nach dem mildesten Mittel in der Regel gar nicht. Entscheidend ist, ob das Mittel zur Erreichung eines legitimen staatlichen Interesses überhaupt tauglich ist und ob es nicht völlig unvernünftig ist.

3. Die Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des supreme court in einzelnen Lebensbereichen

Der supreme court nimmt inzwischen bei allen Rechtseinschränkungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, wenn auch nicht in allen Fällen alle Einzelheiten der Verhältnismäßigkeit herangezogen werden.

Einigkeit herrscht zwischen den Richtern dahingehend, daß die Grenze des Übermaßes dann überschritten ist, wenn ohne zwingenden Grund ein völliger Rechtsentzug erfolgt. In *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* ⁶⁰³⁾ wird festgestellt, daß das totale Reklameverbot für rezeptpflichtige Arzneien über die Grenze einer zulässigen Einschränkung hinausgeht. In *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* ⁶⁰⁴⁾ erklärte das Gericht, daß bei einem totalen Umzugsverbot für eine Partei verfahrensrechtliche Sicherungen gegeben sein müssen.

603) 425 US 748

604) 432 US 43

Ähnlich wie der völlige Rechtsentzug wird auch die Vorzensur behandelt. Als stärkste Einschränkung der Meinungsfreiheit, insbesondere, da sie ein präventives Mittel ist, trage sie die Vermutung der Verfassungswidrigkeit in sich und müsse deshalb besonders sorgfältig überprüft werden. Zur Rechtfertigung der Vorzensur müsse ein außergewöhnlich wichtiger Grund vorhanden sein. Außerdem wird der Frage nach dem mildesten Mittel große Bedeutung beigemessen. Die Vorzensur darf nur das allerletzte Mittel sein, wenn andere mildere Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes nicht vorhanden sind ⁶⁰⁵).

a. Kommunikationsrechte

Bei den Kommunikationsrechten stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit vor allem dann, wenn es um "place, time and matter regulation" geht. Daß Meinungsfreiheit nicht an jedem beliebigen Ort, zu jeder beliebigen Zeit und in jeder beliebigen Form ausgeübt werden kann, hatte schon Justice Black anerkannt. Angemessene Regulierung von Ort, Zeit und Art der Meinungsäußerung sind zulässig. In *Hefron v. International Society for Krishna Consciousness* ⁶⁰⁶) wurde z.B. ein Lizenzzwang für das Verteilen von Handzetteln aus Gründen der Verkehrssicherheit gebilligt ⁶⁰⁷). In *Greer v.*

⁶⁰⁵) vgl.

New York Times Co. v. US - 403 US 714 -
Organisation for a better Austin v. Kneefe
- 402 US 415 -
Nebraska Press Ass. v. Stuart - 427 US 539 -
Vance v. Universal Amusement Co Inc. - 445 US 308-
Friedmann v. Maryland. - 380 US 51 -
S.C. Promotions v. Conrad - 420 US 546 -
Soji Sales v. New York - 442 US 319 -
Wenn auch die Pressefreiheit im ersten Amentment hauptsächlich einen Schutz gegen die Zensur darstellt, ist dieser Schutz allerdings auch nicht absolut. (Bode: Pressekonzentration in den Vereinigten Staaten von Amerika und Großbritannien S. 29. Er führt als Beispiele die Fälle *Near v. Minnesota* und *Schenk v. US* auf)

⁶⁰⁶) 452 US 640

⁶⁰⁷) ähnlich wurden in *Erznoznik v. City of Jacksonville* - 422 US 205 - Jugendschutz und Verkehrssicherheit als mögliche Gründe für eine time place and matter Regelung angesehen.

Spock ⁶⁰⁸⁾ wird als Regulierungsgrund die militärische Ordnungsgewalt angesehen. In *Huges v. Mayor and Council of Borough of Oradell* ⁶⁰⁹⁾ wurde die Regelung von Werbung und Verkauf von Tür zu Tür zum Schutze der Privatsphäre gebilligt. Die Grenze der Regelungsermächtigung für Ort, Zeit und Art der Meinungsäußerung ist dann erreicht, wenn die Regulierung nur wegen seines Inhalts erfolgt ⁶¹⁰⁾.

Eine Art "matter regulation" liegt auch vor, wenn in den Fällen von "libel and slander" bestimmte Anforderungen an die Meinungsäußerung gestellt werden. Seit *New York Times v. Sullivan* ⁶¹¹⁾ ist der Standard aufgestellt worden, daß eine Person des öffentlichen Lebens nur dann eine Entschädigung für eine diffamierende Presseveröffentlichung erhalten kann, wenn sie nachweist, daß die Veröffentlichung mit "actual malice" erfolgte, d.h. in voller Kenntnis der Unwahrheit der Nachricht oder ohne Rücksicht darauf, ob sie wahr ist und mit schädigender Absicht. Das beruht auf dem Prinzip, daß eine Person des öffentlichen Lebens sich eine größere Persönlichkeitseinschränkung gefallen lassen muß und das Recht der Leser auf Information hier Vorrang hat. Die Grenze der Ausübung der Pressefreiheit ist erst dann erreicht, wenn wissenschaftlich falsche Informationen verbreitet werden ⁶¹²⁾. Uneinheitlich ist

608) 424 US 328

609) 425 US 610

610) vgl. *Erznoznik v. Jacksonville* - 422 US 205 -
Young v. American Mini Theater Inc. - 427 US 50 -
Grayned v. City of Rockford - 408 US 104 -
Friedmann v. Rogers - 440 US 1 -
Police Department of Chicago v. Mosly - 408 US 92 (95) -
Cohen v. California - 403 US 15 (24) -
Street v. New York - 394 US 576 -
New York Times v. Sullivan - 376 US 254 (269) -
Carey v. Brown - 447 US 455 -

611) 376 US 254

612) der *Sullivan* - Entscheidung folgen z.B. *Greenbelt Cooperativ Publishing Ass. v. Bressler* - 398 US 6 -
Herbert v. Lando - 441 US 153 -
Curtis Publishing Co v. Butts - 388 US 130 -

die Rechtsprechung allerdings in der Frage, ob die diffamierende Veröffentlichung dem privaten oder dem öffentlichen Bereich zuzurechnen ist. In *Monitor Patriot Co. v. Roy* ⁶¹³⁾ legt das Gericht fest, daß eine frühere Straftat niemals irrelevant sein kann für die Befähigung eines Kandidaten für ein öffentliches Amt, und daß davon die Anwendung des actual malice standard nicht abhängig gemacht werden kann. Es sei ein Unterschied, ob sich die Haftung der Presse richte nach einem Standard der Rücksichtslosigkeit oder nach einem Standard des Zusammenhangs zwischen der früheren Straftat und der Befähigung für ein öffentliches Amt. Entgegen der Meinung des district court geht der supreme court nicht davon aus, daß die Frage der Relevanz entscheidend ist für eine Einteilung in einen öffentlichen und einen privaten Sektor, wobei nur im öffentlichen Sektor der actual malice standard Anwendung findet ⁶¹⁴⁾. In *Rosenbloom v. Metromedia Inc.* ⁶¹⁵⁾ wendet das Gericht den actual malice standard auch auf einen Privatmann an. In *Time Inc. v. Firestone* ⁶¹⁶⁾ erklärt es den actual malice test dagegen nicht für anwendbar, wenn es sich nicht um eine Person des öffentlichen Lebens handelt. Nicht in jedem Aufsehen erregenden Prozeß werde die beteiligte Partei zur öffentlichen Person, wenn sie praktisch gegen ihren Willen durch gesetzliche Vorschriften in den Prozeß hineingezogen werde ⁶¹⁷⁾.

613) 401 US 265

614) ebenso: *Ocala Star Banner Co. v. Darmon*
- 401 US 295 -
vgl. auch: *Time Inc. v. Pape* - 401 US 279 -

615) 403 US 29

616) 424 US 448

617) Umbach unterscheidet zwischen positiven Treueeiden (Bekräftigung der generellen Verfassungstreue) und negativen Treueeiden (Zugehörigkeit zu verfassungsfeindlichen Organisationen)
- Extremisten im öffentlichen Dienst S. 573 -

Bei der Konfrontation von Meinungsfreiheit und Staatssicherheit wird nunmehr großes Gewicht auf die Schwere der Einschränkung und die Belastung des Rechtsinhabers gelegt. Bei der Ablegung von Loyalitätseiden für Angehörige des öffentlichen Dienstes wird in der Regel unterschieden zwischen dem Treueeid gegenüber dem Staat und der Versicherung, keinen gewaltsamen Umsturz zu befürworten oder nicht der kommunistischen Partei anzugehören⁶¹⁸⁾. Die Leistung des Treueeides gegenüber dem Staat wird nicht als übermäßige Belastung angesehen⁶¹⁹⁾. Dagegen sieht man eine Erklärung über die Mitgliedschaft in der kommunistischen Partei als unzumutbar an⁶²⁰⁾. In *Cole v. Richardson*⁶²¹⁾ wird demgegenüber die Eidesformel für öffentliche Bedienstete, daß sie den Umsturz des Staates mit Gewalt und illegalen Mitteln ablehnen, gebilligt. Zwar dürfe der Staat Bedienstete nicht zu einem Eid zwingen, der Rechte des 1. Amentments beeinträchtige, doch sei nicht das Recht des Umsturzes mit Gewalt und illegalen Mitteln geschützt. Da hier augenscheinlich das Schwergewicht auf Gewalt und Illegalität des Umsturzes, nicht auf dem Umsturz selbst liegt, ist die Entscheidung keine Abweichung von der generellen Linie, da ja die Grenze der Gewalt und der Illegalität des Umsturzes bei der Meinungsfreiheit anerkannt sind. Bei der Konfrontation zwischen Kommunikationsrechten - insbesondere Pressefreiheit - und dem Recht des Angeklagten im Strafprozeß auf ein faires Verfahren ist es vor allem das Strafmittel des "contempt of court", daß eine Vorverurteilung des Angeklagten durch Berichterstattung in den Massenmedien verhindern soll. Hier scheint

618) vgl. auch: *Curtis Publishing Co v. Butts* - 388 US 130 -

619) vgl. *Law students Civil Rights Research Council v. Wadmond* - 401 US 154 -
154 - *Connell v. Higginbotham* - 403 US 209 -

620) vgl. *Baird v. State Bar for Arizona* - 401 US 1 -
Bryson v. US - 396 US 64 -

621) 405 US 676
s.a. *Law Students Civil Rights Research Council v. Wadmond* - 401 US 154 -

die Pressefreiheit einen Sieg über das Recht auf ein faires Verfahren errungen zu haben. Der Supreme Court weigerte sich, in den Schutzbereich des contempt of court den "contempt by publication" mit einzubeziehen und beschränkte den Straftatbestand des contempt auf den contempt before trial ⁶²²⁾.

Später hob er zwar einige Urteile wegen Beeinflussung durch die Berichterstattung in den Massenmedien auf ⁶²³⁾, es fehlt jedoch eine genaue Schrankenkonzeption für den Fall der Kollision dieser beiden Grundrechte. In der Praxis bleiben dann nur noch formelle prozessuale Maßnahmen zum Schutz des Angeklagten wie z.B. der Ausschluss der Öffentlichkeit, die Isolierung der Geschworenen und richterliche Auskunfts- und Nachrichtensperren, die aber in der Hand des jeweiligen Richters liegen.

Meinungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich, wie z.B. Werbung, genießt ebenfalls Grundrechtsschutz. Auch im wirtschaftlichen Bereich kann eine Meinungsäußerung nicht einfach unterdrückt werden, weil man glaubt, sie habe schädliche Auswirkungen ⁶²⁴⁾. Andererseits unterliegen auch Meinungsäußerungen im wirtschaftlichen Bereich wie jede andere öffentliche Äußerung staatlicher Regulierung, wenn dies im öffentlichen Interesse notwendig ist ⁶²⁵⁾.

622) vgl. den Überblick bei Bornkamm S. 101 - 120 und die dort aufgeführten Urteile:
Nye v. US - 313 US 33 -
Bridges v. California - 314 US 252 -
Pennekamp v. Florida - 328 US 331 -
Maryland v. Baltimore Radio Show - 338 US 912 -
Wood v. Georgia - 370 US 375 -

623) vgl. den Überblick bei Bornkamm S. 139 - 158 und die dort aufgeführten Urteile:
Irvin v. Dowd - 366 US 717 -
Rideau v. Louisiana - 373 US 723 -
Sheppard v. Maxwell - 384 US 333 -

624) Linmark Association Inc. v. Willingboro - 431 US 38 -

625) Bigelow v. Virginia - 421 US 809 -

Entscheidender Faktor ist der Informationswert. Wenn aber die Werbung weder irreführend noch unredlich ist, muß ein wichtiges öffentliches Interesse die Einschränkung rechtfertigen. Die Art der Einschränkung muß in angemessenem Verhältnis zu dem öffentlichen Interesse stehen und muß sorgfältig bestimmt werden, um den verfolgten Zweck zu erreichen. Bloß mittelbare Vorteilhaftigkeit allein reicht nicht aus. Einschränkungen sind auch im Bereich der wirtschaftlichen Meinungsfreiheit nur zulässig, wenn die Meinungsäußerung eine Gefährdung der öffentlichen Interessen bedeutet und die Gefahr nicht durch ein weniger einschneidendes Mittel beseitigt werden kann ⁶²⁶⁾. Auch im wirtschaftlichen Bereich der Meinungsfreiheit umfaßt also die Prüfung den gesamten Verhältnismäßigkeitskatalog. Proportionalität, Tauglichkeit und den Grundsatz des mildesten Mittels ⁶²⁷⁾. Die Anforderungen sind jedoch geringer. So wurde in *Rowen v. US Post Office Department* ⁶²⁸⁾ der Wunsch, von unbestellten Postsendungen verschont zu bleiben, als ausreichende Rechtfertigung für ein Verbot angesehen. Niemand könne unter Berufung auf die Meinungsfreiheit gezwungen werden, unerwünschte Kommunikationen entgegenzunehmen, auch wenn sie einen guten Inhalt haben ⁶²⁹⁾. In *Grayned v. City of Rockford* ⁶³⁰⁾ wurde die Einschränkung der Mei-

626) vgl. *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Services Commission* - 447 US 557 - *Consolidated Edison Company of New York v. Public Service Com. of New York* - 447 US 530 -

627) vgl. auch *Bates v. State Bar of Arizona* - 433 US 350 - *Oralick v. Ohio State Bar Ass.* - 436 US 445 - *in re Primus* - 436 US 412 - *1st nation. Bank of Boston v. Belotti* - 435 US 765 - *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* - 425 US 748

628) 397 US 728

629) mit ähnlicher Begründung wurde in *Hughes v. Mayor and Council of Borough of Oradell* - 425 US 610 - das Verbot des Hausierens zum Schutz der Privatsphäre gebilligt.

630) 408 US 104

nungsfreiheit aus Gründen der Lärmbelästigung gebilligt. Entscheidend sei, ob der durch die Kommunikation verursachte Lärm über das an diesem Platz übliche Maß hinausgehe. In *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission for Human Relation* ⁶³¹⁾ wurde das Verbot an Zeitungsverlage, Stellenanzeigen in männliche und weibliche zu unterteilen nicht als unzulässige Einschränkung bewertet, weil hier die wirtschaftliche Kommunikation unter Beachtung des Gleichheitssatzes zu erfolgen habe. Überlegungen zur Verkehrssicherheit führten in *Metromedia Inc. v. City of San Diego* ⁶³²⁾ zur Einschränkung von Plakatwerbung. In *Friedmann v. Rogers* ⁶³³⁾ gab das Kundeninteresse den Ausschlag für das Verbot, ein Optikergeschäft unter dem Namen einer Gesellschaft zu führen. Die Begrenztheit der Frequenzen im Rundfunkbereich führte aus praktischen Gründen zur Rechtfertigung einer Lizenzierung ⁶³⁴⁾.

Diese Zusammenstellung zeigt, daß insgesamt die Verhältnismäßigkeit bei den Kommunikationsrechten im wirtschaftlichen Bereich bereits bejaht wird, wenn vernünftige Gründe eine Einschränkung rechtfertigen. In der Wahl der Mittel hat der Staat ein relativ weites Ermessen. Gebilligt wird in der Regel jedes Mittel, daß in einem angemessenen Zusammenhang mit dem verfolgten Zweck steht. Oft spielen rein praktische Gesichtspunkte eine Rolle. Da alle vernünftigen Mittel, die zur Erreichung eines legalen öffentlichen Zwecks tauglich sind, in der Regel akzeptiert werden, hat die Frage des mildesten Mittels oft untergeordnete Bedeutung. In den untersuchten Entscheidungen zu diesem Bereich wurde keine Regelung aufgehoben, weil das Gericht ein milderes Mittel für denkbar gehalten

631) 413 US 376

632) 453 US 490

633) 440 US 1

634) vgl. *F.C.C. v. National Citizen Commission for Broadcasting* - 436 US 775 -

hätte. Die Grenze des Ermessens in der Auswahl der Mittel liegt allein darin, daß die Einschränkung nicht bloß wegen des Inhalts der Information erfolgt, und daß noch andere Kommunikationsmöglichkeiten offen bleiben⁶³⁵⁾. Die Beweislast für die Neutralität der Beurteilung hat die Behörde, wobei allerdings die nach außen gegebene Begründung geprüft wird⁶³⁶⁾. Wenn die Regelung eine einzelne Branche in besonderem Maße trifft, tritt dann die Meinungsfreiheit wieder mehr in den Vordergrund und die Regulierung ist sorgfältiger zu prüfen, wie bei den Kommunikationsrechten allgemein. Grundsätzlich kann der Schutz auch der wirtschaftlichen Meinungsfreiheit nicht soweit gehen, daß mißbräuchliche Meinungsäußerungen gebilligt werden müssen. Insoweit ist die staatliche Entscheidungsfreiheit bei der Regulierung der Kommunikationsrechte im wirtschaftlichen Bereich relativ weit⁶³⁷⁾.

b. Klassifizierungs- und Diskriminierungsfälle

Bei den Klassifizierungs- und Diskriminierungsfällen stellt das Gericht zunächst fest, ob es sich um eine von vornherein suspekte Klassifizierung handelt⁶³⁸⁾. Dies wird bejaht, wenn die Klassifizierung nach Rasse, Geschlecht, Nationalität, Religion oder persönlicher Eigenschaft

635) vgl. *Friedmann v. Rogers* - 440 US 1 -
Young v. American Mini Theater Inc. 427 US 50 -
Consolidated Edison Company of New York
v. Public Service Commission of New York
- 447 US 530 -

636) *Consolidated Edison Company of New York v.*
Public Service Commission of New York - 447
US 530 -

637) vgl. *Friedman v. Rogers* - 440 US 1 -

638) dies wird ausdrücklich betont in:
Weber v. Aetna Casualty Surety Comp - 406 US 164-
und in *Dumm v. Blumstein* - 405 US 320 -

Suspekte Klassifizierungen werden mit strict scrutiny überprüft. Die Prüfung umfaßt den gesamten Bereich der Verhältnismäßigkeit. Besonderer Wert wird darauf gelegt, daß die Klassifizierung in einem engen Zusammenhang mit einem öffentlichen Interesse steht. In Johnson v. Robison ⁶⁴⁰⁾ wird ausdrücklich betont, daß keine Klassifizierung festgesetzt werden darf, die in keinem Zusammenhang mit Sinn und Zweck des Statuts steht. An diesen Zusammenhang werden strenge Anforderungen gestellt, so daß viele Beschränkungen daran scheiterten. So wurde in Sugarmann v. Dougale ⁶⁴¹⁾ die Vorschrift nicht gebilligt, daß nur Staatsbürger der USA in New York Dauerstellungen im öffentlichen Dienst innehaben können. Dies sei auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß der Ausländer die Stelle vielleicht schnell wieder aufgeben und der Staat für die Wiederbesetzung hohe Kosten aufwenden müsse. In Nyquist v. Mauclet ⁶⁴²⁾

-
- 639) allgemein: Frontiers v. Richardson - 411 US 677 -
pers. Administrator of Massachusetts v. Fleeny
- 422 US 256 -
Rasse: Fullilove v. Klutznik - 448 US 448 -
United Jewish Organisation of
Williamsburgh v. Carey - 430 US 144 -
Geschlecht: Graig v. Boren - 429 US 190 -
Caban v. Mohammed - 441 US 380 -
Orr v. Orr - 440 US 268 -
Reed v. Reed - 404 US 71 -
Religion: Gilette v. US - 401 US 437 -
Nationalität: Nyquist v. Mauclet - 432 - US 1
Parham v. Hughes - 441 US 347 -

640) 415 US 361

641) 413 US 634

vgl. auch: in re Griffis - 413 US 717 -
(für die Abhängigkeit der Zulassung eines Rechtsanwalts von der Staatsbürgerschaft)
Examining Board v. Floresotero - 426 US 572 -
(für die Zulassung von Bauingenieuren)
Anders aber: Foley v. Connelie - 93 Sct S. 1067 -
(für die Zulassung zum Polizeidienst, weil Polizeibeamte kein wählbares politisches Amt bekleiden)
Ambach v. Norwich - 441 US 68 -
(für die Zulassung zur Lehrtätigkeit, weil Lehrer eine öffentliche Aufgabe erfüllen)

642) 432 US 1

wird betont, daß legitime staatliche Interessen allein eine rassische Klassifizierung nicht rechtfertigen können. Eine rassische Bevorzugung ist nur erlaubt, um vorherige Diskriminierungen durch Verfassung oder Gesetz wiedergutzumachen ⁶⁴³⁾. In *Eisenstadt v. Baird* ⁶⁴⁴⁾ erklärte das Gericht, das Verbot der Verteilung von Verhütungsmitteln an alleinstehende Frauen, während dies bei verheirateten Frauen nicht verboten sei, sei weder durch das Erfordernis der Abschreckung vor vorehelichem Geschlechtsverkehr noch durch Notwendigkeiten der Volksgesundheit gerechtfertigt. In *Orr v. Orr* ⁶⁴⁵⁾ sah das Gericht keinen Zusammenhang in der Unterscheidung beim Scheidungsrecht von Alabama, wonach nach der Scheidung nur Unterhaltsansprüche der Frauen gegen den Mann gegeben sind, nicht aber solche des Mannes gegen die Frau. Die Argumentation, die Frau spiele in der Ehe die abhängige Rolle und deshalb stehe ihr allein Unterhalt zu, greife nicht durch. Der Zweck könne in gleicher Weise durch eine geschlechtsneutrale Vorschrift erreicht werden. Mit der gleichen Begründung wird in *Califano v. Westcott* ⁶⁴⁶⁾ Sec. 407 des S.S.A. mißbilligt, wonach nur Kinder, deren Väter arbeitslos sind, Beihilfen erhalten, nicht aber Kinder, deren Mütter arbeitslos sind. Diese Unterscheidung rühre nur von dem hergebrachten Rollenverständnis, daß der Mann der Er-

643) *Regents of University of California v. Bakke* - 438 US 265 -
vgl. auch: *Fullilove v. Klutznik* - 448 US 448 -
United Steel Workers of America v. Weber -
443 US 193 -
United Jewish Organisation of Williamsburgh v. Carney - 430 US 144 -
vgl. auch die Fälle zur Schuldesegregation:
Swann v. Charlotte Mecklenburg Bd. of Education - 402 US 1 -
Davis v. Board of School Commissions of Mobile County - 402 US 33 -
Moore v. Charlotte Mecklenburg Bd. of Education - 402 US 48 -
MC Daniel v. Baresi - 402 US 39

644) 405 US 438

645) 440 US 268

646) 443 US 76

nährer der Familie sei, und sei auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß man die Familie als ganzes sieht. Für den Zweck, die Unterstützung der bedürftigen Kinder, sei sie nicht erforderlich und nicht dienlich. In *Caban v. Mohammed* ⁶⁴⁷⁾ hielt das Gericht die Unterscheidung nach Geschlechtern für die Frage der Adoption für unerheblich. So wichtig das staatliche Interesse an der Feststellung unehelicher Vaterschaft sei, rechtfertige es nicht die Unterscheidung, daß nur die uneheliche Mutter, nicht aber der uneheliche Vater einer Adoption entgegen treten kann. In gleicher Weise scheiterte in *Reed v. Reed* ⁶⁴⁸⁾ die Vorschrift, daß bei der Einsetzung eines Vermögensverwalters generell dem Mann der Vorzug zu geben ist, wenn zwei gleich geeignete Personen, ein Mann und eine Frau, zur Verfügung stehen - und in *Califano v. Goldfarb* ⁶⁴⁹⁾ die Unterscheidung in der Witwe(r)rente, wonach der Witwer nur Anspruch auf Unterstützung hat, wenn er vor dem Tod seiner Frau zumindest die Hälfte seines Lebensunterhaltes für diese verwendet hatte. Am inneren Zusammenhang fehlte es auch in *Cleveland Board of Education v. La Fleur* ⁶⁵⁰⁾, wo eine Vorschrift der Schulbehörde von Ohio zu überprüfen war, wonach schwangere Lehrerinnen bereits 5 Monate vor der voraussichtlichen Geburt in Mutterschaftsurlaub gehen müssen und eine Rückkehr in den Schuldienst unzulässig ist, bevor das Kind 3 Monate alt ist. Zwar können Mutterschaftsregelungen im Gesundheitsinteresse notwendig sein, sie dürften aber nicht einseitig Zwang auf die Mutter ausüben ⁶⁵¹⁾. Im strafrechtlichen Bereich wurde es auch als suspekt angesehen, wenn die Verurteilung des Angeklagten oder

647) 441 US 380

648) 404 US 71

649) 430 US 199

650) 414 US 632

651) Damit ist auch die Frage des mildesten Mittels ausgesprochen.

die Einlegung eines Rechtsmittels von seiner Finanzkraft abhängen würde⁶⁵²⁾. Entsprechend wurde in Jackson v. Indiana⁶⁵³⁾ nicht gebilligt, wenn im Strafverfahren ein Gefangener zur Feststellung der Unzurechnungsfähigkeit ohne zeitliche Begrenzung in eine psychiatrische Anstalt eingewiesen werden kann, während das bei Geisteskranken, die nicht in einen Strafprozeß verwickelt sind, nicht geschieht. Der Angeklagte dürfe nicht länger eingewiesen werden, als dies zur Feststellung der Unzurechnungsfähigkeit für das Strafverfahren notwendig sei. Danach müsse das normale zivilrechtliche Einweisungsverfahren angewendet werden, da der Zusammenhang zum Strafrecht fehle.

c. Der rational basis test der Mehrheit des Gerichts

Die Mehrheit des Gerichts will die strict scrutiny nur dann anwenden, wenn durch die Klassifizierung der persönliche Freiheitsbereich betroffen ist. Findet die Klassifizierung im wirtschaftlichen Bereich statt, prüft es auf rationaler Basis. In diesem Fall genügt dann ein vernünftiger Zweck für die Klassifizierung. Jedes legitime öffentliche Interesse kann eine Klassifizierung rechtfertigen. Eine Unterteilung muß nicht mathematisch genau vollzogen werden. Es genügt, wenn sie eine rationale Basis hat und frei ist von individueller Diskriminierung. Ausgangspunkt sind dabei die nach außen vorgebrachten Gründe, mögen vielleicht im Hintergrund andere diskriminierende Gründe eine Rolle spielen⁶⁵⁴⁾. In Weber v. Aetna Casualty and Surety

652) vgl. Williams v. Illinois - 399 US 255 -
Mayer v. City of Chicago - 404 US 189 -

653) 406 US 356

654) allgemein wird dies angesprochen in:
US v. Maryland Savings-Share Ins. Corp. 400 US 4 -
Richardson v. Belcher - 404 US 78 -
Jefferson v. Hackney - 406 US 535 -
Washington v. Davis - 426 US 229 -
Weinberger v. Salti - 422 US 205 -
City of New Orleans v. Duke - 427 US 297 -

Company ⁶⁵⁵⁾ wird die Unterscheidung zwischen persönlichen Freiheiten und wirtschaftlichem oder sozialem Bereich ausdrücklich angesprochen. Sobald eine Klassifizierung wichtige persönliche Freiheiten tangiert, ist bei der Prüfung ein strenger Maßstab anzuwenden, während der Staat in wirtschaftlichen und sozialen Fragen grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum habe. Es sei zu prüfen:

- (1) Welches staatliche Interesse bezweckt die Klassifizierung.
- (2) Welche wichtigen Freiheiten könnte die Klassifizierung bedrohen ⁶⁵⁶⁾.

Die Unterscheidung zwischen persönlichen Freiheiten und rein wirtschaftlichen Fällen ist allerdings nicht immer leicht zu vollziehen, weil auch Regelungen im wirtschaftlichen und sozialen Bereich so schwerwiegende Auswirkungen haben können, daß persönliche Grundbedürfnisse tangiert werden. So hat das Gericht in *Memorial Hospital v. Maricopa County* ⁶⁵⁷⁾ die Vorschrift von Arizona aufgehoben, die eine Niederlassungspflicht von einem Jahr fordert, bevor man Gesundheitshilfe erhält. Dies sei eine unwirksame Klassifizierung, weil sie newcomers von lebenswichtigen Hilfen abschneide. Bei der Prüfung, ob eine Residenzpflicht in verfassungswidriger Weise in das Recht der Freizügigkeit einschneide, müsse beachtet werden, ob das Residenzerfordernis zur Folge hat, daß man für eine Reise quasi bestraft wird. Die Erhaltung des Steuereinkommens sei kein ausreichender Grund für einenvölligen Ausschluß von Gesundheitshilfe. Ähnlich wurde in *New Jersey Welfare Rights Organisation v. Cahill* ⁶⁵⁸⁾ das Sozialhilfeprogramm von New Jersey mißbilligt, weil es bei der Bewilligung von Hilfe unterschied zwischen ehelichen und

655) 406 US 164

656) vgl. auch *Mathews v. Lucas* - 427 US 495 -

657) 415 US 250 -

vgl. auch *Graham v. Richardson* - 403 - US 124 -

658) 411 US 619

unehelichen Kindern und damit unehelichen Kindern praktisch jede Hilfe verweigerte. In *US States Department v. Moreno* ⁶⁵⁹⁾ wurde die Vorschrift des *foot stamp act* für unzulässig erachtet, die jeden Haushalt von der Teilhabe an Sozialhilfe ausschließt, in dem ein Mitglied der Wohngemeinschaft mit keinem anderen Mitglied verwandt ist. Dies sei eine irrationale Klassifizierung. Hier seien lebenswichtige Bedürfnisse betroffen, so daß die Klassifizierung auf einem besonders wichtigen öffentlichen Interesse beruhen müsse. Das bloße staatliche Interesse, eine unpopuläre Gruppe (hier Hippies) auszumerzen, sei kein Rechtfertigungsgrund ⁶⁶⁰⁾.

Im übrigen jedoch stellt die Mehrheit des Gerichts bei Regelungen im Bereich der Sozialhilfe auf den *rational basis test* ab. In *Schweiker v. Wilson* ⁶⁶¹⁾ wird ausdrücklich betont, daß bei den Fragen der Sozialhilfe ein strengerer Maßstab als der *rational basis test* nicht notwendig sei. Der Unterschied in der Bewilligung von Sozialhilfe zwischen Personen, die nicht in einer Anstalt untergebracht sind - sie erhalten volle Hilfe - und Personen, die in bestimmten "public Institutions" untergebracht sind - sie erhalten gekürzte Hilfe - und Personen, die in anderen Institutionen untergebracht sind - sie erhalten keine Hilfe - sei aus finanziellen Gründen gerechtfertigt. Allgemein gilt für die Mehrheit des Gerichts in Fragen staatlicher Unterstützung die Regel, daß die Verteilung von Sozialhilfe aus einem feststehenden Budget nach einem bestimmten Schema solange nicht unbillig ist, solange das System rational begründet ist und nicht rein schikanös gedacht ist ⁶⁶²⁾.

659) 413 US 528

660) ähnlich auch:
US States Department of Agriculture v. Murrey
- 413 US 508 -

661) 450 US 221

662) vgl. *Jefferson v. Hackney* - 406 US 535 -
Weinberger v. Salti - 422 US 750 -

Die unterschiedliche Behandlung von ehelichen und unehelichen Kindern im Bereich der Erbfolge wird im allgemeinen mit der großen Bedeutung der Familie als Lebensgemeinschaft gerechtfertigt. So wurde im New Yorker Erbrecht unehelichen Kindern kein Erbrecht zuerkannt, wenn nicht zu Lebzeiten des Erblassers die Vaterschaft durch eine unabhängige Kommission festgestellt worden war. Dies wurde von der Mehrheit des Gerichts gebilligt. Nur wenn die Vaterschaft legal festgestellt worden sei, sei eine ordnungsgemäße Erbfolge des Kindes gesichert. Eine Überprüfung mit strict scrutiny sei nicht erforderlich ⁶⁶³⁾. In *Lavine v. Vincent* ⁶⁶⁴⁾ stand das Erbrecht von Louisiana zur Überprüfung an, wonach uneheliche Kinder bei der Erbfolge gar nicht berücksichtigt werden. Die Mehrheit des Gerichtes stellte sich auf den Standpunkt, dem Staat gehöre in erster Linie die Entscheidungsfreiheit und erklärte, solange die staatliche Entscheidung rational begründet sei, könne die Entscheidung des Staates nicht einfach durch die Entscheidung des Gerichts ersetzt werden, nur weil es vielleicht eine bessere Möglichkeit herausgefunden habe. Die Mehrheit des Gerichts sieht also die Frage der Erbfolge nicht als Einschneidung in grundlegende Freiheiten an, sondern als rein vermögensrechtliche Regelung. Eine Erbschaft gibt zusätzliches Vermögen, betrifft aber nicht den lebenswichtigen Unterhalt.

In gleicher Weise wird mit dem Schutz der Familie argumentiert, wenn der verheirateten Frau die Rente des Ehemannes ausgezahlt wird, nicht aber der geschiedenen Frau oder der mit ihm ohne Trauschein zusammenlebenden Frau, auch wenn sie ein Kind hat ⁶⁶⁵⁾.

663) *Lalli v. Lalli* - 439 US 253-
vgl. auch: *Trumble v. Jordon* - 430 US 762
Fiallo v. Bell - 430 US 787

664) 401 US 532

665) *Mathew v. Castro* - 429 US 181
Califano v. Boles - 443 US 282

Im beruflichen Bereich wird dem Arbeitgeber eine relativ weite Gestaltungsfreiheit in der Einteilung seiner Beschäftigten belassen⁶⁶⁶⁾. In *Generell Electric Company v. Gilbert*⁶⁶⁷⁾ wurde gebilligt, daß die Firma Schwangerschaft nicht als Arbeitsunfähigkeit ansah und nicht die hierfür sonst üblichen Hilfen zahlte. Jeder Arbeitgeber könne bestimmte Arbeitsunfähigkeiten ausschließen⁶⁶⁸⁾. In *Ambach v. Norwich*⁶⁶⁹⁾ sah die Mehrheit des Gerichtes einen inneren Zusammenhang gegeben, wenn Ausländer von der Tätigkeit als Lehrer ausgeschlossen werden, die zwar grundsätzlich die amerikanische Staatsangehörigkeit bekommen könnten, sich aber weigerten, sich naturalisieren zu lassen, weil die Lehrer eine wichtige öffentliche Aufgabe wahrnehmen⁶⁷⁰⁾.

Auch das Erfordernis der Zahlung von Gebühren wird dem wirtschaftlichen Bereich zugeordnet. So wurde in *US v. Kras*⁶⁷¹⁾ gebilligt, daß der Bankruptcy Akt die Entlastung in einem Konkursverfahren von der Zahlung einer Gebühr abhängig macht, weil kein Rechtsanspruch auf Entlastung besteht. Ähnlich wird die Vorschrift, daß von einem Berufungskläger eine Gebühr zu zahlen ist, gerechtfertigt, weil der Rechtsstreit vom Kläger freiwillig in seinem eigenen Interesse angestrengt werde⁶⁷²⁾. In *Vlandis v. Kleine*⁶⁷³⁾

666) vgl. z.B. Die Entscheidungen über die Ruhestandsregelungen oder über die Weiterbeschäftigung von Professoren

667) 429 US 125

668) *S.a. Geduldig v. Aiello* - 417 US 484 -

669) 441 US 68

670) die Richter Blackmann, Brannan, Marshall und Stevens dissentierten. Es sei nicht einzusehen, warum nicht z.B. ein Franzose guten Französischunterricht erteilen könne. Sie nannten die Entscheidung der Mehrheit "verfassungsrechtlich abwegig".

671) 409 US 436

672) vgl. *Ortwein v. Schwab* - 410 US 658 -

673) 412 US 442

wurde eine Gebühr an den Hochschulen von Connecticut für Nichteinwohner - wobei darunter alle fallen, die zur Zeit der Anmeldung bzw. innerhalb des darauf folgenden Jahres den Wohnsitz außerhalb von Connecticut haben - gebilligt, wenn diese Bedingung notwendig ist für die Belange der Universität und ein weniger einschneidendes Mittel, die Ordnung des Universitätsbetriebes zu gewährleisten, nicht gewählt werden kann.

Die allgemeine richterliche Zurückhaltung bei Klassifizierungen im wirtschaftlichen Bereich zeigt sich auch in der Anerkennung der Vorschrift von Maryland über die Verschrottung von Autos, die unterteilt in scrapprocessors, die ihren Wohnsitz in Maryland haben, und solchen außerhalb Marylands ⁶⁷⁴⁾, weil man mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen könne, daß Autos von Maryland scrapprocessors "are likely to have been abandoned in Maryland", während dies bei "non Maryland processors" nicht geschehe. Diese Unterscheidung beruhe auf rationaler Basis. Mehr verlange die Verfassung in wirtschaftlichen Fragen nicht. Wenn intern noch andere Gründe für die Unterscheidung mitspielten, schade das nicht.

Die entscheidende Prüfung bei Klassifizierungen im wirtschaftlichen Bereich ist die Frage, ob legale Ziele bei der Einschränkung verfolgt werden. So hat die Mehrheit des Gerichtes in *Western and Southern Insurance Company v. State Board of Equalisation of Columbia* ⁶⁷⁵⁾ es als legitimen Zweck ausreichen lassen, die einheimische Industrie durch abschreckende Barrieren für den innerstaatlichen Handel zu schützen, indem man Firmen aus anderen Staaten als "Entgelt" für das "Privileg", hier arbeiten zu dürfen, eine Steuer oder andere Bedingungen auferlegte ⁶⁷⁶⁾.

674) *Hughes v. Alexandria Scrap Corp.* - 426 US 794 -

675) 451 US 648

676) vgl. auch *Parker v. Brown* - 317 US 341 (368 ff.)

Grundsätzlich ist die Grenze die Willkür. In *Usery v. Turner Elkhorn Mining Company* ⁶⁷⁷⁾ wird ausdrücklich ausgesprochen, daß, wenn der Gesetzgeber im wirtschaftlichen Bereich Grenzen setzt, zu prüfen ist, ob der Gesetzgeber willkürlich oder irrational gehandelt hat. Die einschränkende Gesetzgebung sei nicht schon allein deshalb rechtswidrig, weil sie sich störend auf anderweitig begründete Erwartungen auswirke. Es sei im wirtschaftlichen Bereich nicht eine Frage der Verfassungsmäßigkeit, ob vielleicht ein anderes (kostspieligeres) Programm weiser oder praktischer wäre. In *Village of Arlington Hts. v. Metropol Housing Development Corporation* ⁶⁷⁸⁾ erklärte die Mehrheit des Gerichts, eine staatliche Aktion sei nicht allein schon verfassungswidrig, weil sie auf rassischer Ungleichheit beruhe. Rassische Ungleichheit sei nicht der einzige Anhaltspunkt für eine rassische Diskriminierung. Es müßten die gesamten Umstände betrachtet werden. Grenze sei die Willkür.

Die vom Gesetzgeber vorgenommene Unterteilung wird zunächst als angemessen akzeptiert. Bei der Überprüfung auf rationaler Basis soll das Gericht nicht seine Entscheidung anstelle der des Gesetzgebers setzen, nur weil die Richter vielleicht eine andere Möglichkeit für besser gehalten hätten. Erst wenn eine offensichtliche - und vom Gesetzgeber beabsichtigte - Diskriminierung festgestellt werde, sei ein Eingreifen des Gerichtes erforderlich ⁶⁷⁹⁾.

Der rational basis test beschränkt sich auf die Regel, grundsätzlich habe ein Gericht in wirt-

677) 428 US 1

678) 429 US 252

679) vgl. *North Dakota State Board of Pharmacy v. Snyder's Drugstore*
- 414 US 156 -

Minnesota v. Clover Leaf Creamery Comp. - 449 US 456 -

schaftlichen und sozialen Fragen die Entscheidung des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Die Prüfung beziehe sich lediglich darauf, ob ein angemessener Grund für die Einschränkung gegeben sei ⁶⁸⁰⁾.

Die gleiche Zurückhaltung zeigt sich bei der Mehrheit des Gerichts oft auch in den Fällen der Wahlregulierung. Die Einteilung der Wahlbezirke hat so gut wie möglich auf rationaler Basis nach dem Grundsatz "one man - one vote" zu erfolgen. Die Einteilung soll möglichst der Bevölkerungsstruktur entsprechen. Mathematische Genauigkeit braucht aber nicht erreicht zu werden. Leichte prozentuale Abweichungen schaden nicht ⁶⁸¹⁾. Einteilungen werden in der Regel gebilligt, solange ein vernünftiges staatliches Interesse dahintersteht und eine offensichtliche Diskriminierungsabsicht nicht erwiesen ist ⁶⁸²⁾. Als vernünftiges staatliches Interesse reicht schon das Interesse an ordnungsgemäßen Wahlen und der Verhinderung von Splitterparteien aus, um Kandidaten gewisse Auflagen zur Wahl zu erteilen. So wurde in *Jennes v. Fortson* ⁶⁸³⁾ eine Regelung gebilligt, daß Kandidaten und Parteien, die bei der letzten Wahl weniger als 20 % der Wählerstimmen erringen konnten, vor der Aufstellung Unterschriften von 5 % der zur letzten Wahl zugelassenen Wähler sammeln müssen, und zwar in einer Frist von 180 Tagen. In *Stoker v. Brown* ⁶⁸⁴⁾ wurde die Vorschrift gebilligt, daß sich unabhängige Kandidaten mindestens ein Jahr vor der Wahl von ihrer früheren Partei gelöst haben müssen. In *Bull v. James* ⁶⁸⁵⁾ wurde ein Gesetz von Arizona gebilligt, das die Wahl von landwirtschaftlichen Direktoren abhängig macht von der Größe der Lände-

680) vgl. *Allied Structural Steel Co v. Spannaus* - 438 US 234 -
US Trust of New York v. New Jersey - 431 US 88 -

681) vgl. *Maham v. Howell* - 410 US 315 -
Abate v. Mundt - 403 US 183 -

682) vgl. *City of Mobile v. Bolden* - 446 US 55 -
City of Rome v. US - 446 US 156 -

683) 403 US 431

684) 415 US 724

685) 451 US 355

reien, weil die Landeigner auch die Betroffenen seien. Ähnlich wird in *Salyer Land Company v. Tulare Lake Basin Water Storage District* ⁶⁸⁶⁾ ein kalifornisches Wassergesetz gebilligt, das Pächter von der Wahl zum Wasserdirektor ausschließt, weil die Interessen von Pächtern und Landeignern unterschiedlich seien. In *Connor v. Williams* ⁶⁸⁷⁾ wird allgemein festgestellt, daß legislatives reapportionment zunächst eine Entscheidung der Gesetzgebung sei, und daß juristische Abhilfe erst dann geschaffen werden solle, wenn die Legislative nach angemessener zeitlicher Möglichkeit nicht in der Lage zu einem reapportionment entsprechend den Bundesvorschriften sei. Dies zeigt das Ausmaß der richterlichen Selbstbeschränkung auf diesem Gebiet.

Die Grenze wird hier dann angenommen, wenn die Regelung Auswirkungen hat auf das Wahlrecht der Wähler. In *Witcomb v. Chavis* ⁶⁸⁸⁾ wird ausdrücklich festgestellt, daß multimember districts nicht von vornherein verfassungswidrig sind, sondern daß nachgewiesen werden muß, daß die Schaffung von multimember districts erfolgt, um bestimmte Wähler in ihrem Wahlrecht einzuschränken. In *Bullock v. Carter* ⁶⁸⁹⁾ wurde die Wahlvorschrift von Texas nicht gebilligt, wonach die Kosten des Wahlkampfes auf die Kandidaten verteilt wurden und von jedem Kandidaten ein Beitrag gefordert wurde, um zur Wahl zugelassen zu werden. In *Illinois State Board of Election v. Socialist Workers Party* ⁶⁹⁰⁾ wurde eine Regelung von Illinois

686) 410 US 719

687) 404 US 350

688) 403 US 124

689) 405 US 134

690) 440 US 173

vgl. auch: *Kusper v. Pontikes* - 414 US 51
American Party of Texas v. White - 415 US 767 -
Williams v. Rhodes - 393 - US 23 -

nicht gebilligt, die von unabhängigen Kandidaten und neuen Parteien zur Zulassung eine vorherige Sammlung von 25000 Stimmen verlangt. Solche Bedingungen wie Zahlungsfähigkeit der Kandidaten führe dazu, daß die Wähler diese Kandidaten nicht mehr wählen könnten, die den geforderten Beitrag nicht mehr zahlen könnten. Bei neuen Kandidaten und Parteien die Zulassung an eine vorherige Stimmensammlung zu knüpfen, gebe den Wählern, deren Zahl unter dem Limit liegt, von vornherein keine Gelegenheit, ihren Kandidaten überhaupt aufzustellen. Dies sei etwas anderes als im Fall Jennes v. Fortson, wo die Kandidaten in der vorherigen Wahl nicht die ausreichende Wählerzahl erreicht haben. Hier hätten ja die Wähler in der früheren Wahl genügend Gelegenheit zur Stimmabgabe für den Kandidaten gehabt, doch sei dieser durchgefallen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Mehrheit des Gerichts strict scrutiny nur bei den persönlichen Freiheiten anwendet, insbesondere bei den im 1. Amentment geschützten Rechten. Hier prüft das Gericht alle Einzelinhalte der Verhältnismäßigkeit. Die Anforderungen sind streng. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist eng, wenn man nicht sogar schon von einer Ermessensreduzierung auf Null sprechen kann.

Wie sehr das Gericht die hohe Stellung der Pressefreiheit auch sogar gegenüber der Privatsphäre betont, zeigt sich z.B. in der Anwendung des actual malice test, wonach Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens mit einer libel and slander-Klage nur durchdringen, wenn sie den Beweis der Unwahrheit erbringen. Die Pressefreiheit darf also in die Privatsphäre eindringen, solange sie dies in begründetem guten Glauben tut. Time, place und matter regulation der Meinungsfreiheit umfassen in der Regel lediglich Ordnungsmaßnahmen. Auf keinen Fall darf eine Meinung nur wegen ihres Inhalts verboten werden.

Dabei wird nicht nur der offiziell vorgegebene Grund berücksichtigt. Es wird strikt darauf geachtet, daß nicht legale Gründe vorgeschoben werden, um wirkliche Absichten zu verdecken. Während noch in den 60iger Jahren die Mehrzahl der Einschränkungen im Bereich der Kommunikationsrechte gebilligt wurde - insbesondere wurden der Staatsschutz und die innere Sicherheit zur Rechtfertigung herangezogen - scheitert heute die Mehrzahl der Fälle an der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Belastungsgrenze für den Rechtsinhaber wird angesichts der hohen Bedeutung, die den Kommunikationsrechten beigemessen wird, sehr niedrig angesetzt, so daß nur ein äußerst wichtiger Zweck das Mittel der Einschränkung rechtfertigt und nur das mildeste Mittel angewandt werden darf. Es reicht nicht aus, daß ein legitimer Zweck mit der Einschränkung verfolgt wird. In der Wahl der Mittel zur Erreichung dieses legitimen Zwecks ist der Gesetzgeber nicht frei. Sein Ermessen ist auf eine Möglichkeit, nämlich das mildeste Mittel begrenzt.

Die gleiche hohe Bedeutung, die der Gleichbehandlung beigemessen wird, führt dazu, suspekt Klassifizierungen im persönlichen Bereich von vornherein als verfassungswidrig anzusehen, und, wenn nicht besonders gewichtige öffentliche Interessen für die Klassifizierung gegeben sind, diese zu verwerfen. Auch hier wird die Belastungsgrenze äußerst niedrig angesetzt. Von den untersuchten Fällen wurden nur 4 Klassifizierungen gebilligt. Zum einen die Vorschrift, daß wegen Vergewaltigung nur der männliche Täter strafbar ist. Die Rechtfertigung bildete die vorhandene Unterschiedlichkeit der Geschlechter. Eine geschlechtsneutrale Vorschrift erreiche nicht den gewünschten Erfolg. Die Effektivität der Strafverfolgung würde im Gegenteil darunter leiden, weil die Mädchen die Vergewaltigung nicht mehr melden würden. Der Abschreckungseffekt für Frauen ergäbe sich schon

allein aus der Gefahr einer möglichen Schwangerschaft 691).

Ein weiterer Fall betraf die Vorschrift über Sucht-rehabilitation, die solche Süchtigen ausschließt, die schon zwei oder mehr Vorstrafen bzgl. Drogen haben. Dies wird als rational gebilligt, weil Personen mit mehr als zwei einschlägigen Vorstrafen sich durch Rehabilitationsmaßnahmen weniger haben beeindrucken lassen als andere und eine größere Gefahr für die Gesellschaft bei ihrer Freilassung darstellen 692).

Des weiteren wurde die Unterscheidung im Strafvollzugsrecht von Louisiana gebilligt, wonach nur bei Kapitalverbrechen eine einstimmige Juryentscheidung verlangt wird, während für geringere Delikte eine Mehrheitsentscheidung genügt, weil es eine Erleichterung und Beschleunigung des Verfahrens bezweckt und den Verwaltungsaufwand mindert 693).

In *Mc Ginnis v. Royster* 694) wurde die New Yorker Vorschrift gebilligt, die bei manchen Gefangenen die Untersuchungshaft für eine vorzeitige Entlassung anrechnet, bei anderen aber nicht, weil in Staatsgefängnissen in der Regel ein Resozialisierungsprogramm bestehe, in vielen ländlichen Bezirken jedoch nicht. Wenn auch die Rehabilitation nicht notwendigerweise der vordergründigste Zweck sei, sei er vernünftig 695).

691) Michael M.v. Superior Court of Ionoma County - 450 US 464 -
vgl. auch *Kahn v. Shevin* - 416 - US 356 -

692) *Marshall v. US* - 414 US 417 -
Die Richter Marshall, Douglas und Brennan dissentieren allerdings

693) *Johnson v. Louisiana* - 406 US 356
auch hier dissentierten die Richter Stewart, Marshall, Brennan und Douglas

694) 410 US 263

695) wieder dissentierten die Richter Douglas und Marshall

Im wirtschaftlichen Bereich ist grundsätzlich die Frage der Verhältnismäßigkeit nicht ausgeklammert. Es wird immer wieder betont, daß auch hier die Mittel-Zweck-Relation gewahrt sein muß und daß das Mittel tauglich und erforderlich sein muß. Die Einzelinhalte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden durchaus gesehen und beachtet.

Die Prüfung wird von der Mehrheit des Gerichts jedoch nicht mit strict scrutiny durchgeführt. Bei der Bewertung des Zwecks genügt zunächst, wenn ein legales staatliches Interesse gegeben ist. In Jenkins v. Anderson ⁶⁹⁶⁾ wird ausdrücklich betont, daß bei der Abwägung die Legalität staatlicher Praxis berücksichtigt werden kann. Die Grenze der Belastbarkeit des Rechtsinhabers ist bedeutend höher angesetzt als im Bereich der persönlichen Freiheiten. Wie weit diese Grenze geht, zeigt sich in Dean v. Gadson Time Publ. Co ⁶⁹⁷⁾, wo gebilligt wird, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmern die Zeit bezahlen muß, die diese für eine Wahl aufbringen. Hier handele es sich um eine so wichtige bürgerliche Pflicht, daß der Arbeitgeber nicht erwarten könne, hierfür nicht auch Opfer bringen zu müssen.

Die Anwendung des rational basis tests wirkt sich vor allem bei der Bewertung des angewendeten Mittels aus. Die Auswahl unter mehreren tauglichen Mitteln wird nicht mehr auf ein einziges Mittel, nämlich das mildeste Mittel, eingeengt. Es führt nicht mehr sofort zur Unverhältnismäßigkeit, wenn das Gericht eventuell ein praktikabeleres Mittel findet. Die Prüfung beschränkt sich in der Regel darauf, ob das gewählte Mittel überhaupt in einem inneren Zusammenhang mit dem Zweck steht und allgemein nicht unvernünftig ist. Das Gericht geht zunächst von der

696) 447 US 230

siehe auch: Caffin v. Stynchcombe - 412 US 17 -
Griffin v. California - 380 US 609 -
Raffel v. US - 271 US 494 -
Doyle v. Ohio - 426 US 610 -
US v. Hale - 422 US 171

697) 412 US 543

siehe auch: Day Brite Lithning v. Missouri
- 342 US 421 -

vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung aus und greift erst dann ein, wenn diese offensichtlich unangemessen ist. Letztlich bildet also das Willkürverbot die äußerste Schranke für staatliche Eingriffe im wirtschaftlichen Bereich. Wie weit diese Willkürgrenze geht, zeigt die Entscheidung ⁶⁹⁸⁾ City of Charlotte v. L 660 int. Ass. of Firefighters , wo es nicht als willkürlich angesehen wurde, daß die Gemeinde sich weigerte, Gewerkschaftsbeiträge sofort vom Lohn abzuhalten. Hier ging es ja nicht um lebensnotwendige Interessen, sondern nur um eine Vereinfachung des Zahlungsverfahrens, die allein der Bequemlichkeit der Gewerkschaftsmitglieder diene.

In der Regel werden Einschränkungen im wirtschaftlichen Bereich gebilligt. In den Fällen, in denen die Verhältnismäßigkeit nicht bejaht wurde, fehlte es entweder am inneren Zusammenhang zwischen Mittel und Zweck ⁶⁹⁹⁾ oder die Einschränkung wirkte sich schwerwiegend auf lebenswichtige Positionen aus ⁷⁰⁰⁾. Hier hat die Einschränkung im wirtschaftlichen Bereich eine solch schwerwiegende Auswirkung auf den persönlichen Bereich, daß es sich eigentlich nicht mehr um rein wirtschaftliche Fälle handelt. Da ja auch der rational basis test auf den Grundpositionen der Verhältnismäßigkeit aufbaut, kommt er hier zum gleichen Ergebnis wie im Bereich der persönlichen Freiheiten.

d. Der rational basis test der dissentierenden Richter

Die dissentierenden Richter wenden sich vor allem gegen die schematische Anwendung des rational basis

698) 426 US 283

699) Reed v. Reed - 404 US 71 -
Johnson v. Robison - 415 US 361 -
Califano v. Goldfarb - 430 US 199 -
Graig v. Boren - 429 US 190 -
Weber v. Aetna Casualty & Surety Co. - 406 US 164-

700) Orr v. Orr - 440 US 268 -
Califano v. Westcott - 443 US 76 -
New Jersey Welfare Rights Org. v. Cahill - 411 US 619 -
US State Department of Agriculture v. Moreno - 413 US 528 -

test. Es werde die Beziehung der bemängelten Klassifizierung zu dem Gesetzeszweck vernachlässigt - ein Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit wird ja nach rationaler Basis nur angenommen, wenn überhaupt kein Zusammenhang gegeben ist -. Die Mehrheit des Gerichtes hänge am Wortlaut des Gesetzes und übersehe die wahre Tendenz des Gesetzgebers-- wie sie z.B. aus den Vorgaben des Kongresses für die Rechtsprechung herausgelesen werden könne -. Man gehe schlichtweg davon aus, daß der Gesetzgeber immer auch das gewollt habe, was sich in der Praxis der Gesetzesausführung vollziehe. Indem die Mehrheit vom Ergebnis auf den beabsichtigten Zweck schließe, beschränke sich die Analyse auf einen Standpunkt der Tautologie. Danach hätte jedes Gesetz, gleichgültig wie willkürlich oder irrational es ist, einen inneren Zusammenhang mit dem Zweck. Wenn man den rational basis test auf diese Weise anwende, würden Klassifizierungen aufrechterhalten, ohne überhaupt die Beziehungen zu dem festgestellten Zweck zu überprüfen, weil man diese Relation zunächst einmal voraussetze ^{7o1)}.

Die dissentierenden Richter verweigern sich nicht völlig einem rational basis test. Sie verlangen aber, daß das Gericht unabhängige objektive Kriterien herausucht, um den wahren Sinn des Gesetzes zu ermitteln. Das kann geschehen aus der geschichtlichen Entwicklung des Gesetzes oder auch aus nachfolgenden gesetzgeberischen Anweisungen und Definitionen. Die Analyse dürfe nicht beruhen auf dem vermuteten gesetzgeberischen Willen, sondern auf dem vom Gesetzgeber irgendwann tatsächlich artikulierten Willen ^{7o2)}. Erst wenn so die wahre

7o1) US Railroad Retirement Board v. Fritz - 449 US 166 (186 - 198)
 siehe auch die dissenting opinions in
 Dandridge v. Williams - 397 US 471 -
 Vance v. Bradley - 44o US 93
 Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia
 - 427 US 3o7 -

7o2) vgl. Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia
 - 427 US 314 -
 Johnson v. Robison - 415 US 381 f. -
 Califano v. Goldfarb - 43o US 212 f. -

Zweckbestimmung des Gesetzes herausgearbeitet sei, könne geprüft werden, ob die Klassifizierung in vernünftiger Weise diesen Zweck fördert. Das Gericht dürfe nicht einfach die Auffassung einer Partei übernehmen von dem, was vernünftig ist, sondern müsse selbst Kriterien für die Bewertung aufstellen ⁷⁰³⁾. Die Prüfung auf rationaler Basis gäbe dem Gericht nicht die Befugnis, seine Ansicht völlig an die Stelle der Ansicht des Gesetzgebers zu setzen, das Gericht dürfe aber durchaus den wahren Willen des Gesetzgebers erforschen.

e. Eigene Wertung des rational basis tests

Richtig an der Meinung der dissentierenden Richter ist, daß die Anwendung des rational basis tests nicht zu einer automatischen Übernahme der Verhältnismäßigkeitsbewertung des Gesetzgebers durch das Gericht führen darf. Das Gericht muß unabhängig Kriterien festsetzen, nach denen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden kann. Den erklärten Willen des Gesetzgebers herauszufinden, stellt auch keine Überforderung des Richters dar. Wenn nach dem clear and present danger test und dem balancing test der Richter noch selbst Zukunftsprognosen im politischen und sozialen Bereich zu treffen hatte, verlangt der rational basis test von ihm lediglich eine Zusammenstellung aller Fakten, aus denen sich der wirkliche gesetzgeberische Zweck ergibt. Auch die richterliche Selbstbeschränkung, die sich das Gericht in wirtschaftlichen und sozialen Fragen auferlegt hat, ist gewahrt. Die erste Abwägung in diesem Bereich wird dem Gesetzgeber überlassen. Auch die dissentierenden Richter wollen nicht ihre Abwägung an die Stelle der des Gesetzgebers setzen. Gleichzeitig wird aber auch der Überwachungs-

703) in US Railroad Retirement Board v. Fritz
- 449 US 195 ff. - waren das:
(1) contribution to the system
(2) reasonable expectation and reliance
(3) character of service to the railroad industry

funktion des Gerichts Genüge getan, wenn bei der Prüfung der kundgetane Wille des Gesetzgebers herangezogen wird und nicht nur formelle Definitionen übernommen werden. Der innere Zusammenhang zwischen dem wirklichen Gesetzeszweck und der erfolgten Klassifizierung muß auch beim rational basis test sich aus objektiven Kriterien ergeben und darf nicht nur auf Annahmen und Vermutungen gestützt werden. Der rational basis test, so wie ihn die Mehrheit des Gerichts anwendet, birgt die Gefahr, daß das Gericht zum automatischen Bestätiger gesetzlicher Einschränkungen würde. Die wenigen Einschränkungen im wirtschaftlichen Bereich, bei denen die Mehrheit die Verhältnismäßigkeit verneinte, waren aufgrund der schwerwiegenden Auswirkungen gar keine rein wirtschaftlichen Fälle mehr, so daß sich die Bestätigungsfunktion des Gerichts hier schon zeigt. Die Anwendung des rational basis test in der Art der Mehrheit des Gerichts läßt im Endeffekt nur noch die Grenze der Willkür als Regulativ offen. Es führt zu keinem effektiven Grundrechtsschutz, wenn zwar allgemein die Forderung nach Tauglichkeit und Geeignetheit des Mittels aufgestellt wird, in der Praxis diese Bedingungen aber als gegeben vorausgesetzt werden, falls sich nicht offensichtlich etwas anderes ergibt. Mit dieser Anwendung des rational basis tests werden nur die größten Verstöße erfaßt. Der rational basis test, wie ihn die dissentierenden Richter auffassen, schafft einen "goldenen Mittelweg" zwischen möglichst großer Effektivität der Gesetzgebung und dem Schutz verfassungsrechtlicher Freiheiten. Die Anwendung juristisch fassbarer Kriterien bringt mehr Rechtssicherheit mit sich und führt zu einer größeren Vereinheitlichung in der Rechtsprechung.

Die Mehrheitsmeinung dagegen bringt manche Entscheidung, die sich streng genommen mit vorherigen Entscheidungen nicht vereinbaren läßt.

Es ist z.B. nicht recht verständlich, warum die Mehrheit des Gerichts in *San Antonio Independent*

School District v. Rodrigues 704) eine Diskriminierung verneint und die Augen vor der Tatsache verschließt, daß die Kinder aus Familien, deren Einkommen unter dem Durchschnitt liegt, die Schulgebühren nicht bezahlen können und somit de facto doch von der Weiterbildung ausgeschlossen sind, während sie in anderen Fällen die Verhältnismäßigkeit einer Klassifizierung verneinte, weil eine so schwere Einschränkung vorlag, daß der persönliche Bereich betroffen war 705). Es leuchtet nicht ein, warum hier ein Unterschied zu den anderen Fällen vorliegen soll. Wenn die Mehrheitsmeinung feststellt, daß es hier nicht um die Frage gehe, daß die "armen" Kinder keine Bildung erhielten, sondern daß die Kinder hier lediglich eine Fortbildung von geringerer Qualität erlangen als in Schulen mit höherem Durchschnittseinkommen, räumt sie selbst ein, daß das Schulsystem von Texas zu zwei Arten von Bildung führt, einer gehobenen für die Reichen und einer unteren für Arme. Eine angemessene Relation zu dieser objektiv vorhandenen Klassifizierung wird aber nicht allein dadurch hergestellt, daß der Staat versucht, durch diese Unterteilung die örtliche Eigeninitiative zu vergrößern, was an sich ja ein legitimer Zweck ist. Wenn man aber - wie die Mehrheitsmeinung - die Grenze nur bei einer ungleichen Behandlung als überschritten ansieht, berücksichtigt man nicht, daß trotz des neutralen Wortlauts der Vorschrift

704) 411 US 1

705) das Gericht zählt selbst auf:
Griffin v. Illinois - 351 US 12 -
(Gebührenforderung für Urteilsausfertigung)
Douglas v. California - 372 US 353 -
(Rechtsbeistand für Arme)
Williams v. Illinois - 399 US 35 -
(Kautions)
Bullock v. Carter - 405 US 134 -
(Wahlgebühren für Kandidaten)

in der Praxis ein Diskriminierungseffekt eintreten kann ⁷⁰⁶⁾.

Die gleiche Widersprüchlichkeit findet sich bei der Mehrheitsmeinung auf dem Gebiet des Schwangerschaftsabbruchs. In *Roe v. Wade* ⁷⁰⁷⁾ hatte das Gericht eine stufenweise Abwägung vorgenommen zwischen dem staatlichen Interesse und dem Selbstbestimmungsrecht der Frau, ein Kind zu bekommen oder nicht. Die Abstufung richtete sich nach dem Fortschritt der Schwangerschaft. Im 1. Schwangerschaftsdrittel überwiegt eindeutig das Selbstbestimmungsrecht der Frau, im 2. Schwangerschaftsdrittel sind vor allem medizinische Gesichtspunkte maßgebend. Erst im 3. Schwangerschaftsdrittel können öffentliche Interessen am Erhalt der Schwangerschaft eindeutig überwiegen ⁷⁰⁸⁾. Bei dieser abgestuften Abwägung, die zumindest im frühen Stadium der Schwangerschaft das Selbstbestimmungsrecht der Frau betont, hätte in *Harris v. Mc Rae* ⁷⁰⁹⁾ nicht gebilligt werden dürfen, daß für medizinisch notwendige Schwangerschaftsabbrüche keine staatliche Kostenübernahme gewährt wird, denn diese finanzielle Einschränkung wirkt sich auf die persönliche Freiheit der "armen" Schwangeren aus, selbst zu entscheiden, ob und wann sie ein Kind bekommt. Dennoch geht die Mehrheit davon aus, daß hier keine direkte Beschränkung des Zugangs zum Schwangerschaftsabbruch vorliege, die über die bereits vorhandene hinausgehe. Die

⁷⁰⁶⁾ so im Ergebnis auch die Dissenters White, Douglas u. Brennan - 411 US 66 - 69 - und Marshall - 411 US 82/83 -
Sie wenden sich vor allem dagegen, daß die Mehrheitsmeinung einfach davon ausgeht, daß sich die Schulgeldfestsetzung nicht auf die Bildungsmöglichkeit auswirkt.

⁷⁰⁷⁾ 410 US 113
vgl. auch *Doe v. Baltom* - 410 US 179 -

⁷⁰⁸⁾ In *Bellotti v. Baird* - 443 US 622 -
wird aufgrund dieses Selbstbestimmungsrechtes der Frau auch die Vorschrift nicht gebilligt, die den Abbruch bei Minderjährigen von der Zustimmung der Eltern abhängig macht.
vgl. auch *Planned Parenthood v. Dantforth* - 96 Sct 2831 -

⁷⁰⁹⁾ 448 US 297

Armut, die die Schwangere von dem gewünschten Abbruch fernhalte, sei durch die gesetzliche Vorschrift, die die Medicare kürzt, weder geschaffen noch berührt. Indem die Mehrheit die staatliche Entscheidung, Geburt finanziell mehr zu unterstützen als den Schwangerschaftsabbruch, unbenommen akzeptiert, geht sie über den sich tatsächlich ergebenden einschränkenden Effekt der Vorschrift in der Praxis einfach hinweg.

In *Dandridge v. Williams* ⁷¹⁰⁾ erklärt die Mehrheit des Gerichts zunächst, daß eine Regelung im wirtschaftlichen und sozialen Bereich, die so starke Einschränkungen für verfassungsmässig geschützte Rechte mit sich bringt, daß sie übermäßig ist, verfassungswidrig sein kann, billigt aber dennoch auf rationaler Basis die Vorschrift von Maryland, die die Höhe der Sozialhilfe pro Monat auf höchstens 250 Dollar beschränkt, unabhängig von der Größe der Familie und deren Bedürfnissen. Sie stellt nicht darauf ab, daß, wenn sich die Familie vergrößert ohne mehr finanzielle Zuwendungen zu erhalten, die zuletzt geborenen Kinder praktisch keine Unterstützung mehr erhalten. Sie sieht die Familie als Ganzes, so daß bei einer Vergrößerung die einzelnen Familienmitglieder insgesamt einen geringeren Anteil am Gesamteinkommen erhalten. Der Kongreß habe bei Erlaß des Gesetzes diese Schwierigkeiten auch gesehen, habe aber ausdrücklich darauf erkannt, daß der Staat Sozialhilfe nur im Rahmen seiner (finanziellen) Möglichkeiten vergeben kann. Man müsse sich entscheiden, durch die pro-Familien-Regelung einige Familien zu benachteiligen, oder durch die pro-Kopf-Regelung finanziell in Bedrängnis zu kommen und dann keine Familie ordnungsgemäß unterstützen zu können. Diese Entscheidung der Legislative könne nicht

710) 397 US 471

einfach vom Gericht übergangen werden 711). Auch hier übernimmt die Mehrheit die von der Legislative getroffene Abwägung, obwohl lebenswichtige Positionen der einzelnen Familienmitglieder betroffen sind, und billigt die Vorschrift, solange nicht der Familie insgesamt der notwendige Lebensunterhalt entzogen wird und jedes Familienmitglied zumindest etwas erhält. 712).

Wenn in *Memorial Hospital v. Maricopa County* 713) ausgesprochen wird, daß das Residenzerfordernis nicht zur Folge haben dürfe, daß man für eine Reise quasi bestraft wird, steht mit dieser Entscheidung nicht im Einklang, wenn in *Califano v. Aznavorian* 714) die Regelung gebilligt wird, daß Sozialhilfe nicht mehr gezahlt wird, wenn sich der Bedürftige im Ausland aufhält. Die Mehrheit begründet das damit, daß der Staat die Sozialhilfe nur denen zukommen lassen will, die sich auf amerikanischem Staatsgebiet aufhalten. Dem Argument, daß dadurch das Recht auf Freizügigkeit eingeschränkt werde, wird entgegengehalten, daß bei der Freizügigkeit nicht ein solcher Standard anzuwenden sei wie bei dem Erfordernis des andauernden Wohnsitzes. Weil hier Wohlfahrtsfragen (und finanzielle Zahlungen) verbunden seien mit der Freizügigkeit, sei die Frage anders zu beurteilen, als wenn nur die Freizügigkeit allein betroffen sei 715). Ähnlich argumentiert die Mehrheit auch in *Village of Belle Terre v.*

711) 397 US 478

712) Richter Douglas weist nach, daß der Kongreß sehr wohl die Individualhilfe im Sinne hatte, als er die Regelung schuf. Richter Marshall ergänzt, daß durch die Regelung ein Teilungseffekt für die Familie bewirkt wird, weil große Familien Kinder zu Verwandten geben, die das Maximum an Unterstützung noch nicht erreicht haben. Es sei ein Rückfall in mittelalterliche Zeiten, wenn Menschen auf die Unterstützung von Verwandten angewiesen seien. Die Mehrheit hatte dieses Problem wohl gesehen, aber damit abgetan, daß wohl eine Verminderung, nicht aber eine Zerstörung der Familie stattfinde.

713) 415 US 250

714) 439 US 170

715) wie in *Kent v. Dulles* - 357 US 116 -
und *Apteker v. Secretary of State* - 378 US 500 -

Boraas 716) und billigt die "zoning" Vorschrift, die - mit geringen Ausnahmen - die Nutzung von Einfamilienhäusern beschränkt auf Familien, das heißt Gruppen, in denen nicht mehr als zwei Personen nicht miteinander verwandt sind. Es ist zwar richtig, daß im Memorial Hospital v. Maricopa County die einjährige Niederlassungspflicht erst einen Anspruch begründet, während in Califano v. Aznavorian der Anspruch auf Sozialhilfe nur für gewisse Zeit ausgesetzt wird, doch wird in beiden Fällen ein Bedürftiger dafür bestraft, daß er eine Reise unternimmt. Auch im Aznavorian-Fall braucht der "Arme" für die Zeit der Reise Geld zum Lebensunterhalt. Wird ihm die Unterstützung für die Zeit der Reise gestrichen, kann er sie in der Regel gar nicht antreten. In gleicher Weise wird im Boraas-Fall dem "Armen" verwehrt, sich dort einzumieten, wo er möchte. Viele Gruppen können sich die Miete eines Einfamilienhauses nicht leisten, wenn sie sich nicht mit anderen zusammentun würden. Auch könnten Paare, die ohne Trauschein zusammenleben - vielleicht sogar Kinder haben - nicht in ein Einfamilienhaus ziehen. Wenn in US States Department v. Moreno 717) noch gesagt wird, daß das bloße staatliche Interesse, eine unpopuläre Gruppe auszumerzen, nicht eine Ungleichbehandlung rechtfertige, kann für die Ungleichbehandlung im Rahmen der Freizügigkeit nichts anderes gelten.

In Holt Civil Club v. City of Tuscaloosa 718) wurde als rational gebilligt, daß die Stadt ihre staatlichen Dienstleistungen wie z.B. Polizei, Geschäftslizenzen und öffentliche Versorgung mit Wasser und Strom auf einen Bereich von 3 Meilen außerhalb des

716) 416 US 1

717) 413 US 528

718) 439 US 60

Stadtgebietes beschränkte. Schon aus finanziellen Gründen müsse bei der öffentlichen Versorgung eine Grenze gesetzt sein. Es sei die freie Entscheidung der Bürger, wenn sie sich außerhalb dieses Bereiches niederließen. Damit stellt die Mehrheit jedoch die Bürger vor die Wahl, entweder an den Dienstleistungen der Stadt teilzunehmen und auf seine Freizügigkeit zu verzichten, oder dieser Dienstleistungen verlustig zu gehen. Schon in *Everson v. Board of Education* ⁷¹⁹⁾ und in *Sherbert v. Verner* ⁷²⁰⁾ hatte das Gericht ausdrücklich betont, daß niemand gezwungen werden darf, wählen zu müssen zwischen der Befolgung seiner religiösen Überzeugung oder staatlicher Unterstützung ⁷²¹⁾. Was für die religiöse Betätigung der Zeugen Jehovas gesagt wurde, muß für die Freizügigkeit ebenfalls Berücksichtigung finden. Auch für den Bereich der Meinungsfreiheit hat das Gericht festgesetzt, daß Einschränkungen oder Auflagen nicht einseitig Druck auf den Betroffenen ausüben dürfen ⁷²²⁾. Wenn es auch durchaus gerechtfertigt ist, bei staatlichen Eingriffen im wirtschaftlichen Bereich einen weniger strengen Maßstab anzulegen als bei Eingriffen in den persönlichen Bereich, darf sich doch die Funktion des Gerichts nicht lediglich darin erschöpfen, die Entscheidung des Gesetzgebers bloß zu bestätigen. Der rational basis test, wie ihn die Mehrheit des Gerichtes anwendet, hat m.E. keine ausreichende objektive Basis, sondern birgt die Gefahr der Versubjektivierung. Da die Einzelfallbewertung unterschiedlich ausfallen kann, kommt es nicht zur Festsetzung klarer Richtlinien mit Allgemeingültigkeit. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Gerichts verliert ihre Kontrollfunktion, wenn einfach die Entscheidung der Legislative übernommen wird.

719) 330 US 16

720) 374 US 398

721) dies wurde bestätigt in
*Thomas v. Review Board of the Indiana
Employment Security Division* - 450 US 707 -

722) *Lefkowitz v. Cunningham* - 431 US 801 -

X. Schlußbetrachtung

Wenn man nun abschließend die Frage stellt, wie sich die Handhabung staatlicher Einschränkungen der Grundrechte in der Bundesrepublik und in den USA unterscheidet, können heute im Ergebnis gravierende Unterschiede nicht festgestellt werden.

Freiheit ist mit Fassung des Grundgesetzes heute auch in der Bundesrepublik nicht mehr antistaatlich. Der Gedanke des demokratischen und sozialen Rechtsstaates beschränkt von vornherein staatliche Macht. Der Staat übernimmt auch die Verpflichtung, die Freiheit des Bürgers zu beschützen und zu bewahren. So ist er nicht automatisch Feind der Freiheit, sondern kann auch zum Freund der Freiheit werden. Während allerdings der Gedanke staatlicher Selbstbeschränkung in den USA von vornherein im Rechtsdenken verankert war, vollzog sich diese Entwicklung in der Bundesrepublik erst allmählich und hat im Grundgesetz den optimalsten Ausdruck gefunden.

Übereinstimmung findet sich auch darin, daß eine unterschiedliche Bewertung erfolgt zwischen Eingriffen in persönliche Rechte und Eingriffen im wirtschaftlichen Bereich. Die persönlichen Freiheiten nehmen in beiden Rechtssystemen eine solche hohe Stellung ein, daß staatliche Einschränkungen hier als Ausnahmesituationen angesehen werden. Der Ermessensspielraum des Gesetzgebers ist gering. Die gerichtliche Überprüfung wird mit Sorgfalt durchgeführt. An die Verhältnismäßigkeit werden strenge Anforderungen gestellt. Die Belastungsgrenze des Rechtsinhabers wird niedrig angesetzt. Die Relation zwischen Mittel und Zweck, zwischen Freiheit und Eingriff, verläuft umgekehrt proportional. Je höher der Stellenwert des beeinträchtigten Grundrechts ist, genügt ein um so geringfügigerer Eingriff, um eine Rechtsverletzung anzunehmen. Im wirtschaftlichen Bereich ist die Belastungsgrenze höher. Es genügt, wenn Mittel und Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zueinander

stehen. Der Ermessensspielraum des Gesetzgebers beschränkt sich nicht mehr zwangsläufig auf ein einziges Mittel - das mildeste Mittel - solange es zweckdienlich und nicht völlig unvernünftig ist.

Im Grundgesetz ist durch die Bestimmung abgestufter Vorbehalte bereits von vornherein eine Wertskala festgelegt, die jedem Grundrecht einen grundsätzlichen Stellenwert zuweist. So erfolgt eine gewisse Einteilung bereits in der Verfassung. Hierdurch wird ein grober Rahmen vorgegeben, innerhalb dessen sich der Gesetzgeber zu bewegen hat. Weiterhin setzt die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG einen Kernbereich des Grundrechts fest, der vom Gesetzgeber in keinem Fall ange- tastet werden darf. So hat die Verfassung selbst eine äußerste Grenze staatlicher Grundrechtseingriffe bestimmt.

Solche "Rahmenbedingungen" sind in der Verfassung der USA nicht vorgesehen. Wie vorne festgestellt, kann man hier weder von einer detaillierten Stufenskala im Grundrechtssystem noch von einem Kernbereich der Grundrechte sprechen, schon gar nicht von einem absoluten Kernbereich. Die amerikanische Verfassung gibt nicht schon von sich aus eine grobe Bestimmung von Inhalt und Schranken der Grundrechte. Diese Bestimmung wird von den Gerichten getroffen, insbesondere vom supreme court. In der Bundesrepublik ist zwar den Gerichten diese Aufgabe keinesfalls völlig entzogen - die Kontrollfunktion der Gerichte über die Gesetzgebung bewirkt auch eine Rechtsfortbildung - doch finden hier die Gerichte, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, in der Verfassung selbst bereits Richtlinien vor, die ihnen die Richtung angeben, in die sie gehen müssen. Dadurch, daß in der Verfassung selbst die Bindung aller drei Gewalten an die Verfassung festgeschrieben ist, setzen diese Richtlinien im gesamten Bereich staatlichen Handelns Maßstäbe. Ein trivialer Vergleich sei erlaubt: Im Grundgesetz sind bereits Wegweiser

aufgestellt, während sich in der amerikanischen Verfassung der Wanderer seine Reiseroute selbst finden muß. Das Aufstellen von Wegweisern wird hier durch den supreme court übernommen.

Dadurch, daß in den USA Inhalt und Grenzen der Grundrechte durch die Rechtsprechung, insbesondere den supreme court, bestimmt werden, findet ein ständiger Prozeß der Entwicklung statt. Dies ist insoweit durchaus richtig, weil auch die Freiheit und ihr Verhältnis zum Staat nicht unwandelbar sind. Die Verfassung sollte nicht nur ein starres Schema sein, sondern muß mit Leben erfüllt werden. Ein allzu starres Festhalten an bestimmten Formen und Inhalten wird weder der realen Entwicklung eines modernen Rechtsstaates gerecht, noch dient es dem Fortschritt des Rechts. Andererseits darf aber auch nicht eine völlige Lösung von verfassungsmäßigen Prinzipien erfolgen.

Das Bundesverfassungsgericht versucht, durch verfassungskonforme Auslegung der Gesetze neue Gegebenheiten den Grundgedanken der Verfassung entsprechend zu beurteilen und so nicht nur die jeweilige Situation der Verfassung anzupassen, sondern auch die Verfassung für neue Entwicklungen - die vielleicht von den Vätern des Grundgesetzes noch gar nicht vorausgesehen werden konnten - zugänglich zu machen. Die Wechselwirkung zwischen Gesetz und Verfassung soll dafür sorgen, daß einerseits der Gesetzgeber nicht an effektiver Rechtssetzung gehindert wird, andererseits aber auch nicht den Blick auf die Basis der Verfassung verliert.

Mit der unbedingten Bindung der Gewalten an die Verfassung ist allerdings eine gewisse Starrheit verbunden. Die deutsche Rechtsentwicklung nach Erlaß des Grundgesetzes ist insbesondere im Bereich der Grundrechte und des Verfassungsrechts allgemein nicht so lebendig wie in den USA.

Selbst die Verfahren gegen Terroristen wurden strikt nach rechtlichen Gesichtspunkten durchgeführt. Die Gerichte weigerten sich immer, die Terroristen als politische Straftäter anzusehen. Der Gesetzgeber reagierte zwar mit Kontaktsperre-gesetz und Radikalenerlaß, diese Reaktion hielt sich aber noch in einem gemäßigten Rahmen. Die Kontaktsperre wurde in der konkreten Situation der Schleyer-Entführung angeordnet, um einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person entgegenzutreten ⁷²³⁾. Die Voraussetzungen, unter denen eine Kontaktsperre erfolgen konnte, waren genau dargelegt. In seinem Beschluß zur Kontaktsperre vom 1. August 1979 ⁷²⁴⁾ nimmt das Bundesverfassungsgericht eine sorgfältige Abwägung vor zwischen der sich aus Art. 2 II 1 GG in Verbindung mit Art. 1 I 2 GG ergebenden Verpflichtung des Staates, menschliches Leben zu schützen, und der Wahrung der Rechte von Strafgefangenen. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs berücksichtigt es sowohl die Geeignetheit, die Erforderlichkeit als auch den Grundsatz des mildesten Mittels. Dem Übermaßverbot wird durch detaillierte Bestimmungen über die Rücknahme, das Außerkraftsetzen und den erneuten Erlaß einer Feststellung nach § 31 EGGVG Genüge getan. Die Überprüfung der Kontaktsperre auf Verletzungen der Grundrechte der Gefangenen macht die Wechselwirkung zwischen Gesetz und Verfassung deutlich ⁷²⁵⁾.

723) so auch der Wortlaut des § 31 EGGVG

724) EuGRZ 1978, 330 ff.

725) Diese strenge Auslegung hat das BVerfG bereits vorher angewendet und Kontaktsperren nicht bestätigt, soweit nicht alle Voraussetzungen gegeben waren
vgl. BVerfG in EuGRZ 1977 S. 436

Auch die beamtenrechtliche Treuepflicht wird bereits in der Verfassung festgelegt ⁷²⁶⁾. Die Verfassung hat sich für eine wehrhafte Demokratie entschieden und gibt so dem Staat das Recht, Vorkehrungen gegen eine Bedrohung von außen und von innen zu treffen ⁷²⁷⁾. Der Konflikt mit den Rechten des Beamten als Bürger führt zu einer Einschränkung seiner Rechte, soweit er in seiner Funktion als Beamter auftritt. Bezüglich der Meinungsfreiheit des Art. 5 I GG sieht das Bundesverfassungsgericht das Beamtenrecht als allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 II GG an ⁷²⁸⁾. Bei den Grundrechten aus Art. 2 I GG, 8 I GG und 9 I GG läßt das Bundesverfassungsgericht die immanenten Schranken durchgreifen, die zur Förderung eines gedeihlichen Zusammenlebens notwendig sind ⁷²⁹⁾. Art. 3 III GG wird nur hinsichtlich einer bewußten und bezweckten Benachteiligung angewendet. Bezüglich der Berufswahl wird das Erfordernis der Verfassungstreue als subjektive Zulassungsvoraussetzung im wichtigen öffentlichen Interesse gebilligt.

Diese Zusammenfassung zeigt, daß auch bei der wichtigsten Reaktion auf politische Veränderungen und Krisen des Staatsverständnisses in den letzten Jahren der Blick auf die Verfassung nicht verloren ging. Die Argumentation baut auf den in der Verfassung verankerten Grundprinzipien auf und löst die neue Situation, indem sie zunächst auf die Verfassung zurückgreift.

Wenn, wie in den USA, in der Verfassung keine Rahmenbedingungen vorgegeben sind, besteht die Gefahr, daß die verfassungsrechtlichen Grundsätze der jeweiligen Situation angepaßt werden und

726) vgl. BVerwG in EuGRZ 1973, S. 270/273

727) vgl. BVerfG in EuGRZ 1973, S. 398/404

728) EuGRZ 1975, 398/409

729) EuGRZ 1975, 398/410

nicht mehr die jeweilige Situation anhand der Verfassung gelöst wird. Die Rechtsentwicklung reagiert zwar schneller auf neue Einflüsse, kann aber auch zu Überreaktionen führen, die verfassungsrechtliche Prinzipien außer acht lassen. Die vom supreme court geduldet und teilweise sogar unterstützte Kommunistenhetze der 50iger und 60iger Jahre ⁷³⁰⁾ ließ die Kommunikationsrechte herabsinken zu Freiheiten, die nur dann als Grundrechte Bestand hatten, wenn andere staatliche Interessen - in der Regel Staatsschutz und innere Sicherheit - nicht tangiert waren. Wenn dies heute nicht mehr so ist, und die Freiheiten des 1. Amendments ihre grundrechtliche Bedeutung wiedererlangt haben, liegt das nicht so sehr am amerikanischen Rechtssystem, sondern vielmehr an der Änderung der Auffassung der Richter des supreme court. Wenn aber die Zusammensetzung eines obersten Gerichts - und es sind nur 5 Richter, die die Mehrheit bilden - entscheidet über die grundsätzlichen Freiheiten einer Demokratie, ist das nicht ganz ungefährlich.

Da in den USA eine verfassungsrechtliche Verankerung der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung und der Gewährleistung eines grundrechtlichen Kernbereichs fehlt, ist die Relativierung der Grundrechte dort weitgehender als in der Bundesrepublik. Insofern kommt der Verhältnismäßigkeitsprüfung dort eine noch erheblich größere Bedeutung zu als hier. Insbesondere die Frage nach dem mildesten Mittel kann - richtig angewendet - eine Gewährleistung dafür bieten, daß die in den USA zweifellos vorhandene Relativierung nicht nach dem Grundsatz "der Zweck heiligt die Mittel" zu einem "Ausverkauf" der Grundrechte führt.

730) Einen Überblick über die Ära MC Carthy gibt Dunner: Links- und Rechtsradikalismus in der amerikanischen Politik S. 51 - 56

Hier hat der supreme court, insbesondere unter chief justice Warren, meines Erachtens aber so gute Arbeit geleistet, daß die vom Gericht gesetzten Richtlinien nicht mehr so leicht umgestoßen oder umgangen werden können. Das sieht man schon daran, daß unter chief justice Berger im supreme court zwar eine konservative Mehrheit vorherrscht, die grundlegenden Abwägungskriterien im Konflikt staatlicher und privater Interessen jedoch beibehalten wurden.

Soweit der supreme court im Bereich persönlicher Freiheiten bei der Prüfung strict scrutiny anwendet, ist m.E. die Gefahr eines Ausverkaufs der Grundrechte inzwischen weitgehend gebannt. Durch die strict scrutiny wird den Rechten des 1. Amentments die hohe Bedeutung eingeräumt, die die founding fathers ihnen zugestanden wissen wollten. Die Einengung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes in diesem Bereich durch die strikte Einhaltung einer angemessenen Mittel - Zweck - Relation wertet diese Rechte auf und läßt Einschränkungen zu Ausnahmefällen werden. Diese Ausnahmefälle unterliegen streng umrissenen Bedingungen, die von der Schwere des Eingriffs, der Wichtigkeit des staatlichen Interesses und der Belastbarkeit des Rechtsinhabers abhängen sowie von der Möglichkeit, auf andere Weise den gleichen Erfolg zu erreichen. Indem diese Kriterien für die Überprüfung staatlicher Grundrechtseingriffe aufgestellt werden, wird auch das Gericht gezwungen, seine Abwägungsüberlegungen offenzulegen. Das führt zur Klarheit und Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen und macht rechtliche Gestaltungsprozesse deutlich. Hier tragen die Gerichte und insbesondere der supreme court eine hohe Verantwortung, damit diese positive Entwicklung weiter anhält. Allerdings ist die Rechtsprechung gerade im Bereich der Rechte des 1. Amentments heute inzwischen so gefestigt, daß man die Hoffnung haben kann, daß der supreme court dieser Verantwortung auch weiterhin gerecht werden kann.

Soweit der supreme court im wirtschaftlichen Bereich den rational basis test anwendet, ist die Einheitlichkeit und Rechtssicherheit nicht in dem gleichen Maße gegeben, wie bei der strict scrutiny Prüfung im Bereich der persönlichen Freiheiten. Insbesondere an den oben aufgeführten Grenzfällen, wo die Eingriffe in den wirtschaftlichen Bereich so schwerwiegend sind, daß sie sich auswirken auf die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse, zeigt sich die Unzulänglichkeit des rational basis test, wie ihn die Mehrheit des Gerichts anwendet. Wenn vordringlich Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte die Entscheidung tragen und nicht nur als Nebenerwägungen die verfassungsmäßigen Überlegungen ergänzen, verliert die Entscheidung die Beziehung zur Verfassung. Die Kontrollfunktion des Gerichts geht verloren. Es wird zum bloßen Bestätiger legislativer Entscheidungen. Hier wirkt sich dann das Manko aus, daß die amerikanische Verfassung keine Richtlinien für die Einschränkung von Grundrechten festlegt.

Zwar ist im wirtschaftlichen Bereich strict scrutiny nicht im gleichen Maße erforderlich wie bei den persönlichen Freiheiten. Auch im deutschen Rechtsbereich sind die Anforderungen dort nicht so hoch. Die in der Verfassung selbst festgelegten Grundsätze zwingen jedoch Gesetzgeber und Gerichte auch in diesem Bereich dazu, die Verfassung zur Grundlage der Entscheidung zu machen. Das verhindert eine allzu große Ver-subjektivierung. Die amerikanische Rechtsprechung hängt in diesem Bereich zu sehr von der Einstellung des einzelnen Richters und der Zusammensetzung des Gerichts ab. Weil grundsätzliche Richtlinien in der Verfassung fehlen, kann es dann zu unterschiedlichen oder gegensätzlichen Entscheidungen kommen. Der rational basis test, wie ihn die Mehrheit des Gerichts anwendet, ist nicht konkret genug, um allgemein verbindliche und klare Richtlinien aufzustellen, die die verfassungsmäßigen

Grundsätze ersetzen können. Die beim rational basis test der Mehrheit vorhandene extreme richterliche Selbstbeschränkung birgt die Gefahr, daß nicht in jedem Einzelfall konkret die Schwere des Eingriffs abgewogen wird, sondern daß schematisch jedes einigermaßen vernünftige Mittel gebilligt wird.

Die Bindung an die Verfassung zwingt in der Bundesrepublik Legislative und Gerichte, auch im wirtschaftlichen Bereich die Abwägungsüberlegungen offenzulegen. Auch hier müssen die - wenn auch weniger strengen - Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit und die Verhältnismäßigkeit erfüllt sein. In den USA können sich die Richter auf die allgemeine rationale Basis zurückziehen, oft ohne in eingehende Überlegungen einzutreten. Das wirkt sich dann insbesondere bei Grenzfällen aus, weil das Gericht die Abwägung der Legislative solange als verfassungsmäßig akzeptiert, als sie nicht völlig unvernünftig ist. Die Tatsache, daß Einschränkungen im wirtschaftlichen Bereich unterschiedliche Auswirkungen haben können, findet so nicht immer die gebührende Berücksichtigung. So ist die Kontinuität und Einheitlichkeit der amerikanischen Rechtsprechung im wirtschaftlichen Bereich nicht immer gewahrt, während in der Bundesrepublik aufgrund der in der Verfassung festgelegten grundsätzlichen Richtlinien auch in diesem Bereich Maßstäbe gesetzt werden, die allgemein Gültigkeit haben. Damit ist in der Bundesrepublik auch im wirtschaftlichen Bereich die Beurteilung von Grundrechtseingriffen nicht so sehr von der subjektiven Auffassung des jeweiligen Richters abhängig, sondern mehr objektiviert.

Während bei den persönlichen Freiheiten die strict scrutiny Prüfung und die im Zusammenhang damit entwickelten Grundsätze zur Verhältnismäßigkeit die fehlenden Richtlinien in der Verfassung ausgleichen, kann der rational basis test, wie ihn die Mehrheit des Gerichts anwendet, diese Aufgabe nicht in der gleichen Weise erfüllen. Grundsätzlich ist das noch nicht so schlimm, weil die An-

forderungen im wirtschaftlichen Bereich nicht so hoch sind wie im Bereich der persönlichen Freiheiten. Im übrigen ist ja der rational basis test keinesfalls völlig losgelöst von verfassungsmäßigen Prinzipien. Meines Erachtens müßte er nur konsequenter durchgeführt werden. Insbesondere müßte bei den Grenzfällen, in denen Eingriffe in den wirtschaftlichen Bereich lebenswichtige Positionen tangieren, genauer abgewogen werden. Insoweit darf der rational basis test nicht zum schematischen Formalismus werden. Rational basis test und strict scrutiny müssen sich nicht gegenseitig ausschließen. Die Übergänge sind fließend und müssen je nach dem Einzelfall berücksichtigt werden.

Insgesamt kann man, wenn man die Handhabung von Grundrechtseinschränkungen in der Bundesrepublik und in den USA vergleicht, feststellen, daß beide Rechtssysteme im Endeffekt zu annähernd den gleichen Ergebnissen kommen, die Wege und Mittel, mit denen sie zu diesen Ergebnissen kommen, jedoch verschieden sind. Wo in der Bundesrepublik das Grundgesetz selbst bereits Rahmenrichtlinien vorgibt und so schon Maßstäbe gesetzt werden, die als Grundprinzipien Allgemeingültigkeit haben, müssen in den USA die Gerichte die Aufgabe übernehmen, Leitlinien aufzustellen, die die fehlende Kodifizierung in der Verfassung ersetzen ⁷³¹⁾. Diese schwere und verantwortungsvolle Aufgabe ist - insbesondere vom supreme court - im Bereich der persönlichen Freiheiten inzwischen recht gut gelöst worden. Innerhalb der strict

731) auf diesen Unterschied zwischen detailliert kodifizierter Verfassung und common law wies schon Carl H. Fulda in seiner Einführung in das Recht der USA hin.

- S. 31 - 46 -

Daß Common Law Richterrecht ist, darauf weist schon Gerald Stourzh hin.

- Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung in Birtsch S. 66

Auch er bestätigt die Entwicklung zur weitergehenden Kodifizierung in den nordamerikanischen Kolonien.

In Birtsch S. 73

scrutiny Prüfung wurden vor allem durch die Aufstellung von konkreten Anforderungen an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Regeln geschaffen, die für Rechtsklarheit und Beständigkeit sorgen. Insoweit kommt die Rechtspraxis in den USA aufgrund dieser Leitlinien dann auch zu den gleichen Ergebnissen wie in der Bundesrepublik, nur daß hier die Basis der Entscheidungen direkt auf in der Verfassung festgelegten Prinzipien begründet ist. Im wirtschaftlichen Bereich ist der rational basis test teilweise noch nicht konkret genug, um diese Aufgabe in allen Fällen zufriedenstellend zu bewältigen. Insbesondere bei Grenzfällen müßte von einer schematischen Anwendung des rational basis tests abgerückt werden und die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen mehr der jeweiligen Einzelfallsituation angepaßt werden.

Daß die amerikanische Verfassung bestimmte Grundprinzipien nicht in dem gleichen Maße detailliert kodifiziert hat wie die deutsche Verfassung, liegt tief im anglo-amerikanischen Rechtsdenken verwurzelt. Man erinnere sich nur daran, daß es in Großbritannien überhaupt keine geschriebene Verfassung gibt. Man setzte so großes Vertrauen in die Selbstbeschränkung des Staates, die Unabhängigkeit der Gerichte und die Mündigkeit der Bürger, daß man glaubte, durch eine zu strikte Reglementierung einerseits Staat und Bürger in der freien Entwicklung zu sehr zu behindern, andererseits das Recht zu sehr vor neuen und veränderten tatsächlichen Gegebenheiten zu verschließen. In der deutschen Mentalität ist dagegen von je her der Wunsch verankert, alle denkbaren Lebenssachverhalte so weitgehend wie möglich zu regeln, auch wenn man sich darüber klar sein muß, daß dies nie vollkommen erreicht werden kann.

Beide Möglichkeiten haben Vorteile und Nachteile. Die umfassende Reglementierung bringt mehr Rechtssicherheit und Stabilität und erleichtert die

Aufgabe der Rechtsfindung. Überläßt man die Rechtsfortbildung der Rechtspraxis, führt das zu einer größeren Flexibilität und Lebendigkeit der Rechtsentwicklung.

Andererseits birgt die weitgehende Kodifizierung die Gefahr der Starrheit und des Festhaltens an "Altbewährtem" und führt so zu einer verlangsamten Reaktion auf neue Gegebenheiten. Die Rechtsfortbildung durch die Rechtspraxis gibt durch eine gewisse Versubjektivierung menschlicher Schwäche breiten Raum, so daß die Verfassung in größerem Maße auf verantwortungsvolle und gewissenhafte Rechtspraktiker angewiesen ist.

Diese Untersuchung hat zwar gezeigt, daß die amerikanische Verfassung bei den Rechtspraktikern im großen und ganzen durchaus in guten Händen war und auch noch ist, und daß das Vertrauen der founding fathers in die Vernunft von Staat und Bürgern berechtigt war, doch hat man auch gesehen, daß zeitweilige Rückschläge möglich sind. Achtsamkeit und Sorgfalt sind immer noch geboten, damit die positive Entwicklung nicht zunichte gemacht wird.

Die zu Anfang gehegte Befürchtung, daß durch die im Grundgesetz bereits vorgegebene Eingriffsermächtigung dem Gesetzgeber ein zu großer Gestaltungsspielraum zugebilligt wird, hat sich in dieser Untersuchung nicht bestätigt. Das Grundgesetz gibt dem Gesetzgeber zwar die Möglichkeit der Einschränkung von Grundrechten, setzt ihm aber gleichzeitig Grenzen, indem es bereits Rahmenbedingungen aufstellt, die Maßstäbe setzen, an die sich der Gesetzgeber bei Grundrechtseinschränkungen halten muß.

Im übrigen hat die Entwicklung beider Rechtssysteme gezeigt, daß der Gegensatz zwischen positiver Verfassung und common law, wo die Rechtsprechung die Rechtsentwicklung vornimmt,

heute nicht mehr so gravierend ist. In der Bundesrepublik übernehmen heute auch die Gerichte durch Verfassungsauslegung in immer größerem Maße die Aufgabe der Rechtsfortbildung. In den USA werden in neuerer Zeit in vermehrtem Umfang Richtlinien, die durch die Gerichte erarbeitet wurden, durch den Gesetzgeber aufgenommen und durch Gesetze konkretisiert.

Lebenslauf

Ich wurde am 07.06.1950 als Tochter des Verwaltungsangestellten Heinz Meinert und seiner Frau Margarete Meinert, geb. Brall in Burgsteinfurt - jetzt Steinfurt - geboren.

Von 1957 bis 1961 besuchte ich die katholische Volksschule in Burgsteinfurt. Von 1961 bis 1969 besuchte ich das Gymnasium Arnoldinum in Burgsteinfurt. Dort legte ich am 09.06.1969 das Abitur ab.

Vom Wintersemester 1969/70 bis 1974 studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster Jura. Am 11.05.1974 bestand ich das 1. juristische Staatsexamen mit der Note "vollbefriedigend". Meine Referendarzeit leistete ich beim Landgericht Essen und beim Landgericht Münster ab. Am 13.12.1976 bestand ich das 2. juristische Staatsexamen mit der Note "befriedigend".

Mit Urkunde vom 17.11.1977 wurde ich als Rechtsanwältin zugelassen. Seit diesem Zeitpunkt bin ich als Rechtsanwältin tätig.

Seit dem 17.04.1980 bin ich mit dem Regierungsrat Jürgen Brockmann verheiratet. Meine Staatsangehörigkeit ist Deutsch.

